



موجز

الأحكام العامة للإلتزام

(فى القانون المدنى المصرى)

دكتور

محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

وكيل الكلية ورئيس قسم القانون المدنى (الأسبق)

المحامى بالنقض والمحكم الدولى

والحائز على جائزة الدولة فى القانون المدنى

الطبعة الثانية (مزيدة ومنقحة)

٢٠٠٨

الناشر

دار النهضة العربية



موجز

الأحكام العامة للإلتزام

(فى القانون المدنى المصرى)

الطبعة الثانية

(مزيدة ومتقحة)

دكتور

محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

وكيل الكلية ورئيس قسم القانون المدنى (الأسبق)

والمحامى بالنقض والمحكم الدولى

والحائز على جائزة الدولة فى القانون المدنى

الناشر

دار النهضة العربية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَهْدُ

تنفيذ الالتزام (وجوبه . أنواعه . مدى إمكان الجبر عليه) :

١- منطقياً ، ينشأ الالتزام لينفذ ، شاء المدين هذا التنفيذ أم لم يشأ ، حين يمكن للدائن ، في الغرض الأخير ، أن يجبره أو يقهره على التنفيذ ^(١) . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١٩٩ مدنى التى تقضى بأن « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » ^(٢) . وهكذا فإن الأثر الوحيد الذى يتصور أن يترتب على الالتزام . إنما هو وجوب تنفيذه ^(٣) . هذا التنفيذ الذى قد يتم اختياراً ، وإلا فجبراً ، أو قهراً .

ولما كان المبدأ فى الشرائع الحديثة هو عدم جواز القصاص للنفس ،

(١) مع استثناء ، فى هذا الشأن نصت عليه بعض التشريعات المقارنة ، فى خصوص الالتزامات الناشئة عن عقود الاستهلاك (وهى العقود التى تبرم بين المهنيين والمستهلكين قصد الحصول على المنتجات أو الخدمات) ، سوف نعرض له فى نهاية هذا الباب . انظر لاحقاً ص وما بعدها ، بند وما بعده .

(٢) كذلك ، وفى نفس المعنى ، تقضى المادة ٢٠٣ مدنى بأن « يجبر المدين ... على تنفيذ التزامه ... » .

(٣) وفى هذا يختلف أثر الالتزام ، كما هو واضح ، عن أثر العقد . فهذا الأخير يمكن أن يترتب آثاراً متعددة : قد تكون نشأة التزام لم يكن موجوداً من قبل ، أو انقضاء التزام موجود ، أو تحيل هذا الالتزام ، أو انقضائه . انظر فى هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكى . الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات . ط٣ - ١٩٧٨ بند ٣٦٤ ، وانظر فى وجه آخر للفرقة بين أثر الالتزام وأثر العقد : د . عبدالفتاح عبدالباقي : دروس أحكام الالتزام ص ٦١ هـ .

يكون المقصود بالقهر في هذا الصدد ، هو القهر العام ^(١)، ففى معنى أن يوسع الدائن أن يستعين بالسلطة العامة لجبر مدينه على التنفيذ .

كما أنه بالنظر إلى أن ضمان الدائن أصبح فى العصر الحاضر يرد على أموال مدينه فحسب ، يكون المقصود بالقهر هنا ، هو القهر المالى؛ إذ لم يعد فى الحقيقة للإكراه البننى الذى كان سائداً فى العصور القديمة ^(٢) من وجود إلا فى حالات أو تطبيقات استثنائية قليلة تكاد تنحصر فى مجالين :

(الأول) : ديون النفقات الشرعية والأجور وما فى حكمهما ، طبقاً للمادة ٢٦ مكرر من القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠ التى تنص على أنه : « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها ، جاز للمحكوم له أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو التى يجرى التنفيذ بدائلتها ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به وأمرته بالأداء ولم يمثل، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً » ^{(٣)(٤)(٥)} .

(١) فى هذا المعنى :

MAZEAUD (H. L. J) : Leçons de droit civil T. 2; 5 éd. 1973 par JUGLART. No 932 P. 910 .

(٢) راجع فى أصل فكرة الإكراه البننى ، وتطورها : د . سليمان مرقس - مؤرخ

الالتزامات ١٩٦١ بند ٦٠٥ ، ٦٠٦ .

(٣) حيث يكون الحكم الصادر بالحبس - لامتناع المدين بهذه الديون عن سدادها

- حكماً نهائياً ، لا يُغنى عن نهائيته ، كونه يكون مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون .

(٤) ومن قبلها كانت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أيضاً ،

تنص على الإكراه البننى (بالحبس) للإجبار على تنفيذ الأحكام الصادرة فى النفقات أو

أجرة الحضافة أو الرضاع أو المسكن (مع بعض الفوارق فى الأحكام) .

(٥) وتضيف : =

وينفذ الحكم بالحبس على المدين بأيّ من هذه الديون ولو كان المحكوم له (الدائن) يستطيع الحصول على حقه عن طريق آخر على مال المحكوم عليه (١) .

ولا يقي المحكوم عليه ، من تنفيذ الحبس عليه ، أن يفي بجزء من المبالغ التي صدر عليه الحكم بالحبس من أجلها (٢) . بل ويجوز حبس الملتزم بهذه الديون أكثر من مرة عن المبالغ التي يستجد استحقاقها عليه بعد

= « فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلاً يقبله المصادر لصالحه الحكم ، فإنه يُخلى سبيله ، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له في التنفيذ بالطرق العادية .

« ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له قد استنفذ الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى . .

(ملحوظة : والمادة ٢٩٣ عقوبات المشار إليها [معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢] تنص على أن :

« كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقربه أو أوصاه أو أجره حضائاً أو رضاعاً أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجدد في ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة » (.

(١) كما تنص أحكام الحبس في هذه الديون على الملتزمين بها ، مسلمين كانوا أم غير مسلمين ، أشخاصاً عاقلين أم موقوفين عموميين .

(٢) راجع : المستشار محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء (الأحوال الشخصية ج ٢) ص ٤٨٦ بند ٢٢٥ .

الحكم بالمبالغ التي سبق أن حُبس من أجلها ^(١) .

إنما لا تسرى الأحكام السابقة ، على الملتزمين بهذه الديون إن كانوا قُصراً أو عديمو أهلية ^(٢) . كما أنها تقتصر على الملتزم الأصلي بهذه الديون ^{(٣)(٤)} .

ويشترط للحكم بالحبس في دين من الديون سابقة الإشارة :

١- صدور حكم بهذا الدين ، سواء بأصل للنفقة أو بزيادتها .

٢- أن يكون هذا الحكم نهائياً ^(٥) .

٣- أن يثبت لدى المحكمة امتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم .
هذا الامتناع الذي كما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أيضاً

(١) محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص ٤٢٦ بند ٢٠٤ .

(٢) محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ص ٤٥٩ بند ٢٠٠ .

(٣) فلا تسرى على الكفيل المقدر (وهو الشخص الذي يَقتمه المحكوم عليه بالحبس فيُخلى ، على أثر ذلك ، سبيله) إن امتنع هذا الكفيل عن سداد الدين ، وإنما ينفذ الحكم على أموال ذلك الكفيل .

(٤) وإذا نفذ الإكراه البدني على شخص وفقاً للمادة ٧٦ مكرر (من قانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ سابق الإشارة) ثم حكمت عليه المحكمة بسبب الوقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ، استُزِلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها ، فإذا حكم عليه بغرامة خُفِضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق إنفاذه عليه (الفقرة ٣ من المادة ٧٦ مكرر سابقة الإشارة . راجع في ذلك ، محمد عزمي البكري ص ٤٨٢ بند ٢٢١ .

(٥) وعلة اشتراط نهائيته « أن الحبس يضر بمن يقع عليه ضرراً غير قابل للتويض » ولم يُجرَ « إلا لضرورة خاصة فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال » محمد عزمي البكري ص ٤٥٥ نقلاً عن منشور للحاقية رقم ١٦٩٥ في ١٢ مارس سنة ١٩١١ .

أن يكون ضمناً^(١) .

٤- أن يكون المحكوم عليه قادراً على تنفيذ الحكم الصادر
ضده^{(٢)(٣)(٤)} .

(الثاني) : الديون المتمثلة في بعض المبالغ التي يقضى بها للحكومة

(١) وهو ما يستفاد مثلاً من سكوته عن أداء النفقة بعد إعلانه بالحكم الصادر
فيها .

(٢) وشرط القدرة على التنفيذ « منوط بيسار المحكوم عليه بحيث يكون في
استطاعته الوفاء بالنفقة المحكوم بها وفقاً للحكم المنفذ به » محمد عزمى البكرى ص ٤٥٦
نقلاً عن منشور للحقانية رقم ٢٢٦٢ في ٢٤ فبراير سنة ١٩١٢ .

(٣) وعقب إثبات القدرة على الوفاء بالنفقة المحكوم بها يقع - طبقاً للقواعد العامة
- على عاتق المحكوم له بها « لأن الأصل في الإنسان الفقر » . محمد عزمى البكرى
ص ٤٥٧ .

وتعتبر قدرة المحكوم عليه على تنفيذ الحكم ، من المسائل الموضوعية التي تخضع
لتقدير قاضي الموضوع .

ويكون الإثبات في هذه الخصوصية من الدعوى « قائماً بذاته ومنفصلاً عن
الإثبات الذي تمّ أمام المحكمة التي أصدرت حكم النفقة موضوع دعوى الحبس (فقد
تطلب نص المادة ٧٦ مكرراً أن يثبت من جديد أمام المحكمة قدرة المحكوم عليه على
القياد بأداء ما حكم به) . وعلى هذا لا يكون حكم النفقة دليلاً بذاته على اليسار أمام
قاضي الحبس ، لأن حالة الشخص من حيث اليسار أو الإعصار من الأمور القابلة
للتقدير » .

« ويجب أن تبين المحكمة الأساس الذي استظهرت منه قدرة المحكوم عليه وإلا
كان حكمها مشوباً بالقصور في التمييز » . محمد عزمى البكرى ص ٤٥٧ .

(٤) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع : محمد عزمى البكرى ، الصفحات
من ٤٣٩ إلى ٤٨٨ للبند من ١٩٣ إلى ٢٢٧ ، فتحى عبد الصبور : للحكم بالحبس لدين
النفقة (صدره وطبعته والإشكال فيه) بحث منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام
والبحوث القانونية ، العدد ٣ ص ٦١ ، سبتمبر ١٩٦٤ ص ٨٩٩ وما بعدها .

ضد مرتكب الجريمة ، كالغرامة والمصاريف والردة والتعويضات ، طبقاً للمادة ٥١١ إجراءات جنائية (معجلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢) « (١) .

إنما « لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني على المحكوم عليهم (بهذه المبالغ) ، الذين لم يبلغوا من العمر خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا على المحكوم عليهم بعقوبة الحبس مع وقف التنفيذ (٢) (٣) .

(١) فتقضى هذه المادة بأنه : « يجوز الإكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه بالحبس البسيط ، وتقدر مدته باعتبار يوم ولحد عن كل مائة قرش أو أقل .

ومع ذلك ، ففي مواد المخالفات لا تزيد مدة الإكراه على سبعة أيام للغرامة ، ولا على سبعة أيام للمصاريف وما يجب رده والتعويضات . وفي مواد الجناح والجنائيات لا تزيد مدة الإكراه على ثلاثة أشهر للغرامة وثلاثة أشهر للمصاريف وما يجب رده والتعويضات » .

(٢) مادة ٥١٢ إجراءات جنائية .

(٣) كما يتعين مراعاة أحكام المواد من ٤٨٥ إلى ٤٨٨ إجراءات جنائية ، فيما يتعلق بالتنفيذ بطريق الإكراه البدني . ومن أهم هذه الأحكام :

ما تقضى به المادة ٤٨٥ من أنه : إذا كانت المحكوم عليها بعقوبة مقيدة للحرية حبلى في الشهر السادس من الحمل ، جاز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها وتمضى مدة شهرين على الوضع .

إذا روي التنفيذ على المحكوم عليها ، أو ظهر في أثناء التنفيذ أنها حبلى وجبت معاملتها في السجن معاملة المحبوسين احتياطياً حتى تمضى المدة المقررة بالفقرة السابقة »

وما تقضى به المادة ٤٨٦ من أنه : « إذا كان المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مصاباً بمرض يهدد بذاته أو بسبب للتنفيذ حياته للخطر ، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة عليه » =

مع تفاصيل أخرى فى أحكام الإكراه البدنى منصوص عليها فى المواد من ٥١٣ إلى ٥٢٣ إجراءات جنائية .

وفى فرنسا أيضاً ، بدأ الإلغاء التدريجى لنظام الإكراه البدنى منذ قانون ٢٢ يولية ١٨٦٧ ، وأصبحت تطبيقات هذا النظام ، وعلى الأخص بعد تعديل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى سنة ١٩٥٩ ، استثنائية للغاية (١) .

كذلك ، فلما كان الأصل هو أن عدم تنفيذ للمدين لالتزامه لا يعد جريمة ، ومن ثم لا يستتبع عقوبة جنائية (٢) ، يكون المقصود بالقهر هنا ، هو

« وما تقضى به المادة ٤٨٨ من أنه : « إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالحبس مدة لا تزيد على سنة ، ولو عن جرائم مختلفة ، ولم يكونا مسجونين من قبل ، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يُفرج عن الآخر ؛ وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة وكان لهما محل إقامة معروف بمصر »

(١) راجع فى هذا التطور :

STARCK (B) : Droit civil (obligations) 1972 No . 2409 .

وانظر أيضاً : جوجلار (دروس مازو) سابق الإشارة البنود ٩٣٨-٩٣٩ .

(٢) لكن هذا الأصل لا يخل بأن هناك أحوالاً يمكن أن يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه فيها جريمة جنائية ، منها ، على سبيل المثال ، إخلال المودع لديه بالتزامه برد الوديعة ، حيث يعتبر فى هذه الحالة مرتكباً لجريمة خيانة أمانة . . .

ومنها أيضاً ما نصت عليه المادة ١٧٠ مكرراً (المعدلة بالقانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١ من أن :

« يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جليهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين :

(أولاً) كل من ركب فى عربات السكك الحديدية أو غيرها من وسائل النقل العام وامتنع عن دفع الأجر أو الغرامة أو ركب فى درجة أعلى من التكلفة التى يحملها وامتنع عن دفع الفرق . »

للقهر المدنى البحث (١).

٢- والأصل فى تنفيذ الالتزام ، أن يقوم المدين بتأدية عين أو ذات ما التزم به ، حين يسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ للعينى . فإذا لم تتوافر شرائط هذا النوع من التنفيذ - التى ستعرض لها فيما بعد - لا يكون أمام الدائن من مفر سوى أن يقنع بمبلغ نقدى يكون مقابلاً للأداء الأصلى ، أو بعبارة أخرى ، عوضاً عنه . حين يسمى التنفيذ فى هذه الحالة بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض .

٣- غير أن ما تقدم من إمكان جبر المدين على التنفيذ ، إنما يصدق فى الحقيقة على الالتزام فى صورته للعادية ، وهو ما يقال له الالتزام للمدى . حين أن هناك نوعاً آخر من الالتزام - وإن كان استثنائياً - يفترق إلى إمكان جبر المدين على تنفيذه ، وهو ما يعرف بالالتزام الطبيعى . لذلك استدركت الفقرة ٢ من المادة ١٩٩ مدنى ، على الأصل المقرر بفقرتها الأولى من جواز جبر المدين على تنفيذ التزامه ، فقضت بأنه « ومع ذلك ، إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر على تنفيذه » .

وتجد التفرقة بين هذين النوعين من الالتزام ، من هذه الجهة ، أساسها فى أن الالتزام الطبيعى - وإن شارك الالتزام للمدى فى عنصر المديونية (أى الأداء الواجب على المدين) - إلا أنه يتجرد من عنصر المسؤولية الذى يمكن للدائن بمقتضاه جبر مدينه على التنفيذ إذا لم يقم بذلك طواعية .

٤- ونفرد ، فيما يلى دراسة مستقلة للالتزام الطبيعى بحسبانه صورة

« وراجع فى أمثلة أخرى ، من القانون الفرنسى : جوجلار سابق الإشارة بند ٩٣٢ .

(١) فى هذا المعنى جوجلار بند ٩٣٢ .

غير عادية ، لتفرغ بعد ذلك للخوض في تفاصيل آثار الالتزام المندى (العادى) .

الالتزام الطبيعى ^(١) l'obligation naturelle

التعريف به : - وأساسه . وعناصره . وآثاره .

٥- أشرنا فيما تقدم إلى لشمال الالتزام المندى على عنصرين :
عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . والعنصر الأخير هو العنصر الأساسى
فى علاقة الالتزام التى تربط الدائن بالمدين . وهو العنصر الذى يمكن للأول
أن يجبر الثانى على تنفيذ ما التزم به .

ويقابل هذا النوع من الالتزام ما يعرف بالواجبات الأدبية . وهى
أمور ترجع كلية إلى ضمير الفرد وحده وخلقه للشخصى ، ومثالها
واجب الإحسان إلى فقير . مثل هذا النوع من الواجبات يتجرد تماماً من
عنصر الجزاء المندى . كما أن الوفاء به لا يعتبر وفاء بدين واجب فى الذمة
وإنما يعتبر من قبيل التبرع للمحض .

٦- غير أن هناك منطقة وسطاً بين الالتزام المندى والواجب الأدبى .
ويحتل الالتزام الطبيعى هذه المنطقة . فلا هو يرتقى إلى مرتبة
الالتزام المندى وذلك لافتقاره إلى عنصر المسؤولية ، حيث لا يمكن
حمل المدين به على تنفيذه رغماً عنه ^(٢) ، ولا هو يهبط إلى مستوى الواجب

(١) راجع فى دراسة وافية لهذا الالتزام . د . ثروت حسب . الالتزام الطبيعى
(حالاته وآثاره) ١٩٦١ .

(٢) ولذلك ينتقد بعض الشراح إطلاق تعبير « التزم » على هذا النظام ، حتى
ولو صوف - تقييداً - بأنه « طبيعى » . انظر : د . جميل الشرقاوى . للنظرية العامة
للالتزام (أحكام الالتزام) ١٩٨٣ بند ٢ . =

الأدبى^(١)، وذلك لاشتماله على عنصر المديونية ، الأمر الذى يجعل من وفاء المدين به عن بينة واختيار ، وفاء لدين واجب فى الذمة وبالتالي ألا يعد بإمكانه الرجوع فيه واسترداد ما أداه .

٧- وجود الالتزام الطبيعى فى هذه المنطقة الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق ، هو الذى يقف - فى الحقيقة - وراء اختلاف الشراح فى تأسيسه وتحديد مصدره .

فالنظرية التقليدية للالتزام الطبيعى^(٢) - والى تناسس على تآليده القانون الرومانى - كانت تقرب بينه والالتزام المدنى ، حين رأت فيه التزاماً مدنياً ناقصاً : إما لأن هناك عقبة حالت دون اكتمال عناصره ، أو حالت دون بقاءه . ومثال الفرض الأول حالة الهبة الباطلة لعيب فى الشكل ، حيث يتخلف عنها لدى أنصار هذه النظرية التزام طبيعى فى ذمة الورثة ،

= كذلك تسأل بعض الشراح الفرنسيين ، عما إذا لم يكن هناك تناقض بين استخدام لفظ الالتزام ، والقول فى نفس الوقت أن هذا الالتزام مجرد من الجبر ، بما يعنى أن هناك « التزاماً غير إلزامى » .

COLIN et CAPITANT, avec : DE LA MORANDIERE : Cour élé . De dr . civ . Français . T . 2 ; 8 éd . 1935 No 272 p . 263 .

(١) لذلك ينعته البعض أحياناً بالالتزام الناقص . انظر : د . عبدالمعزم فرج الصده ، أحكام الالتزام ١٩٥٥ بند ٥ .

(٢) راجع فى عرض مفصل لهذه النظرية : كولان وكابيتان ودي لامورانددير ، المرجع السابق ، البنود من ٢٧٣-٢٧٥ . د . ثروت حبيب للمرجع السابق بند ٢١ وما بعده . د . عبدالرزاق السنهورى : الوسيط ، جـ ٢ (الإثبات - وآثار الالتزام) ١٩٥٦ البنود ٣٩٠ ، ٣٩١ : د . سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند ٥٦٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي : دروس أحكام الالتزام بند ٧ .

بتنفيذها^(١) للموَّهب له . ومثال الفرض الثاني ، حالة الالتزام المننى الذى سقط بالتقادم^(٢)، حيث يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى بتنفيذه^(٣) .

٨- وهذه النظرة - فضلاً عن عدم دقتها - إنما تحصر الالتزام الطبيعى فى دائرة ضيقة ، وتهمل تماماً الأساس الخلقى فى الالتزام الطبيعى، حين أنه - فى الواقع - أساسه الجوهرى^(٤) . فالمدين حين يفى بالتزام سقط بالتقادم ، ومن ثم يعلم أنه غير مجبر على وفائه ، إنما يقوم بهذا السداد إرضاء للضمير^(٥) . كما أن خلق اللوارث هو الذى يملى عليه تنفيذ الهبة الباطلة الصادرة من مورثه .

(١) وتقضى المادة ٤٨٩ مدنى مصرى بأنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين ، بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ويرى البعض فى مصر ، فى هذا الفرض ، مثلاً من أمثلة الالتزام الطبيعى : انظر د . الصده ، المرجع السابق ، بند ٧ . فيما لا يرى البعض الآخر ذلك ، ويجتهدون فى تخريج الحل الذى أتت به هذه المادة على أسس أخرى . انظر فى هذه الاجتهادات : د . عبدالرزاق السنهورى بند ٣٩٥ د . ثروت حبيب بند ١٣١ .

(٢) وتصفه الأعمال للتضيقية للنص للمادة ٢٠٠ بأنه « أثر تخلف عن الالتزام مدنى لتاسخ حكمه » .

(٣) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٣٨٦ مدنى .

(٤) ولمزيد من التفاصيل فى نقد هذه النظرية راجع د . السنهورى بند ٣٩١ .

(٥) على أن يلاحظ أن الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وإنما يتعين لذلك أن يدفع المدين بهذا الانقضاء ، أو بعبارة أخرى أن يتمسك به ، وإلا بقاء التزاماً مدينياً واجب التنفيذ . ويقترح على ذلك أنه إذا كان المدين لم يتمسك بهذا التقادم ، وإنما على العكس تنازل عنه بعد اكتمال مدته ، فإن أثر ذلك هو بقاء الالتزام مدينياً ، ولا يتخلف عنه فى هذه الحالة للالتزام طبيعى . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ .

٩- لذلك فإن النظرة الحديثة للالتزام الطبيعي إنما تقرب بينه والواجب الخلقي^(١). ولكن لما كان من الضروري في نفس الوقت ، الاحتفاظ بالحدود الفاصلة بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق . فإن نوعاً خاصاً من الواجبات الخلقية هو الذي يرتقي إلى مصاف الالتزامات الطبيعية ، وهو الواجب الخلقي الذي ارتقى في وعي الجماعة إلى حد التعارف على وجوب الوفاء به إرضاء للضمير^(٢). ومن أمثلة ذلك : واجب الإنفاق على قريب مسن لا يكون الشخص ملتزماً بالإنفاق عليهم قانوناً^(٣). وواجب تعويض الضرر ، إذا لم تتوافر أركان المسؤولية من الناحية القانونية في حق المتسبب فيه ورأى مع ذلك وجوب تعويضه^(٤). وواجب من أثرى على حساب غيره ، بسبب ، في أن يرد للمفتقر ما يقلل من قدر لفتقاره . وواجب دفع مكافأة لمن أمضى في خدمة الشخص زمناً طويلاً عرفاناً بالجميل . وواجب الأب في معاونة ابنته على تأثيث منزل للزوجة ... الخ .

ويتضح مما تقدم ، أن المعيار في وجود الالتزام الطبيعي هو معيار

(١) ويعرف د . السنهوري ، لذلك ، الالتزام الطبيعي بأنه « واجب أدبي يدخل في منطقة القانون » . بند ٢٨٧ . وفي نفس المعنى يقول جوسراند أن الالتزام الطبيعي ليس شيئاً آخر غير واجب أدبي ارتفع إلى مستوى الالتزام الناقص
JOSSERAND (L) : Cours de dr . Civ . Positif français . T . 2 : 2
éd 1933 No 717 .

(٢) انظر : د . أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام جـ ٢ (أحكام الالتزام)
بند ١٩ .

(٣) في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٨٩٥/٧/٢٢ ، د . ١٨٩٦-١-٥٦٩ .

(٤) في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٨٩٢/٤/٥ (م . ١٨٩٥-١-١٢٩)
وتعليق بالديبير .

موضوعي^(١)؛ إذ ليس للحاسم في رقي هذا للواجب إلى مصاف الالتزام الطبيعي هو الخلق الشخصي للمدين به ، وإنما هو ما تعارفت عليه الجماعة وفق الأخلاق السائدة في المجتمع ، ولذلك فليس دقيقاً - فيما نعتقد - ما جاء بالأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٠ مدني ، حين أنه يتعين على القاضى أن « يثبت ... من أن هذا الواجب يرقى في وعي للفرد أو في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي »^(٢) . ويبقى الأمر في النهاية ، بطبيعة الحال - للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

١٠- وهكذا اتسعت دائرة الالتزام الطبيعي في الوقت الحاضر ، وأصبح لا يقتصر على الالتزام للمدنى المتمثل بصورتيه السابقتين : التزام مدنى لم يكتمل ، أو فضلة من التلزم مدنى كان قائماً .

هذا التصوير الحديث ، هو ما قننه المشرع المصري ، حين نصت المادة ٢٠٠ مدنى على أن : « يقدر للقاضى عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التلزم طبيعى يخالف النظام العام » .

ويخلص من هذا للنص أنه - في غير الحالات التي نص عليها المشرع صراحة^(٣) - يكون أمر تقدير وجود الالتزام الطبيعى متروكاً

(١) راجع في تفاصيل ذلك : د . ثروت حبيب ، المرجع السابق ، بند ١٤٣ ،

١٤٤ .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٠ مشاراً إليها في : معوض عبدالنواب ، مدونة القانون المدنى جـ/١ طبعة ١٩٨٧ ص ٤١٤ .

(٣) ومن أمثلة هذه الحالات ما ورد للنص عليه في المادة ١/٣٨٦ حين قضت بأنه : « يترتب على التقادم للقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التلزم طبيعى » . على أن يلاحظ ، أن الدين لا يتحول إلى التلزم طبيعى بمجرد اكتمال مدة -

القاضى ، على أن يراعى فى ذلك ما يأتى :

أولاً : ضرورة أن يكون الواجب الألبى - قوام الالتزام الطبيعى - قابلاً للتففيذ . وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان محدداً فى محله وفى أشخاصه ، بما يجعله يشبه الالتزام القانونى من حيث صلاحيته للتففيذ^(١) ، وإلا بقى فى إطار الواجبات الألبية المحضة ، والتي تفتقر عادة إلى هذا التففيذ^(٢) .

ثانياً : سمو هذا الواجب ، فى خلق الجماعة ، إلى حد التعارف على ضرورة الوفاء به إرضاء للضمير . وهو أمر يقدره القاضى فى ضوء الأخلاقيات السائدة فى المجتمع . ومن هذا الشرط يتضح أن فكرة الالتزام الطبيعى هى فكرة نسبية تختلف من مجتمع لآخر ، وفى المجتمع الواحد من زمن لآخر .

ثالثاً : عدم تعارض الالتزام الطبيعى مع النظام العام . وهو شرط حرص المشرع على إبرازه فى المادة ٢٠٠ منى التى قضت بأنه « وفى

= التقادم ، وإنما يتعين - لذلك - أن يكون المدين قد تمسك بهذا التقادم ، وإلا بقى التزاماً مدينياً مستحق الأداء فى ذمته . انظر من تطبيقات ذلك : نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق ، فى موضع عبدالنواب ، السابق ، ص ١٥٤ .

(١) فى هذا المعنى : د. سليمان مرقس ، المرجع السابق بلعيد ٥٦١ ، عبدالفتاح عبدالباقي ، بند ٨ .

(٢) فالإحسان إلى الفقراء ، مثلاً ، هو محض واجب ألبى ، لا تحديد فيه لموضوع هذا الإحسان ولا لشخص المحسن إليه . أما دفع الأب مبلغاً نقدياً لابنته لمعاونتها فى تأثيث منزل الزوجية ، فإنه من قبيل الوفاء بالالتزام طبيعى .

كل حال لا يجوز أن يقوم للترام طبيعى يخالف النظام العام ^(١) . مع أن هذا الشرط مفهوم لذاته فى حقيقة الأمر ، وكان يمكن - استخلاصه من جوهر فكرة الالتزام للطبيعى ذاتها حتى ولو لم يرد به نص قانونى . فقوم الالتزام الطبيعى كما قلنا هو واجب أبى أنزلته الجماعة منزلة سامية يتعين معها وجوب الوفاء به . ولا يتصور فى الحقيقة أن تتواضع الجماعة على ما فيه هلاكها وانحلالها من الأمور المخالفة للنظام العام . بكل أن مثل هذه الأمور ليست تقتصر على أنها تعجز عن الارتقاء إلى مستوى الالتزامات الطبيعية ، إنما هى لا ترقى أساساً إلى مجرد اللوجب الأدبى المحض ^(٢) . وحتى بافتراض أن هناك من الأمور ما يسود الاعتقاد بوجوب الوفاء به لدى أوساط معينة من الناس ، فإن هذه الأمور لا يمكن أن ترقى إلى مستوى الالتزام الطبيعى إذا كانت تخالف النظام العام الذى يقوم عليه المجتمع فى مجمله . ففى أوساط للمقامرين مثلاً يعتبر الدين الذى نشأ من القمار دين شرف ^(٣) يلتزم به للخاسر رغم عدم إمكان مطالبته به ، حين لا يمكن أن يرتقى هذا الدين إلى مستوى الالتزام الطبيعى حيث مخالفة المقامرة

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، حكم نقض ١٩٥٥/٣/٢٤ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) السنة ٦ ص ٨٦١ ، فى معرض دفع محكوم عليه ، مبلغ الغرامة المقضى بها عليه ، بعد سقوطها . فقد جاء فى هذا الحكم : « ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام ، فإنه إذا تكاملت مدته لا يخالف عنه أى التزام طبيعى . وإن فمى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصح استرداده ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون » . مشار لهذا الحكم أيضاً فى : معوض عبدالقواب ص ٤١٤ ، ٤١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : د . عبدالفتاح عبدالباقي ، بند ٨ .

(٣) « وليس هذا من الشرف فى شىء » عظمى : جد تعبير د . الصده بند ٧ .

لأخلاقيات المجتمع عامة . ولذلك نقضى المادة ٧٣٩ منى بأن « ... لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ... ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق (١) » .

١١- وفى ضوء ما تقدم من مقومات الالتزامات الطبيعية . يمكن تحديد (٢) آثاره على النحو التالى (٣):

١- لا يستطيع المدين به ، وقد أداه عن بينة بأنه يفى بالتزام لا يمكن

(١) ورغم أن المادة ١٩٦٧ منى فرنسى لا تجيز - على العكس - للخاسر فى مقامرة أن يسترد ما أداه باختياره ، إلا أن بعض الشراح الفرنسين يرفضون تأسيس هذا الحكم على فكرة الالتزام الطبيعى ، بحسبان المقامرة عملاً غير أخلاقى لا يمكن أن ينشأ عنه مثل هذا الالتزام . ويرون فيما نصت عليه هذه المادة حكماً استثنائياً يمكن تخريجه على أساس من المبدأ القائل بأنه « إذا ما وقع المحذور من الجانبين فلا يسترد المدفوع » . انظر :

BEBOIS et GAUDEMET (J) : par GAUDEMET (E) Théo géné , Des obligations , 1965 P . 487 .

كذلك يجوز للمدين الذى دفع فائدة تزيد نسبتها على ٧% من أصل الدين - إعمالاً للاتفاق بينه وبين الدائن - أن يسترد ما دفع زائداً على هذه النسبة ، حتى ولو كان وقت الدفع يشعر بأنه يفى بتمهده ولجب عليه . ولا يمكن دفع هذا الاسترداد بمقولة أن المدين أوفى بالتزام طبيعى بالاتفاق على فولد تزيد على هذه النسبة يعتبر مخالفاً للنظام العام . وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ منى .

(٢) راجع فى تفاصيل آثار الالتزام الطبيعى : د . ثروت حبيب بند ١٥٥ وما بعده، الصفحات من ٣٨٧-٥٥٢ .

(٣) انظر فى دراسة تاريخية لما كان يترتب على الالتزام الطبيعى فى السابق من آثار : د . ميلمان مرقس بند ٥٦٢ .

أساساً جبره على تنفيذه^(١) . وعن اختيار لم تكره إرادته عليه^(٢) . أن يسترد ما أداه وتعبيراً عن هذا المعنى تقضى المادة ٢٠١ بأنه « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى للالتزام طبيعياً » . وما ذلك إلا لأن الوفاء بالالتزام الطبيعي - فى الحدود السابقة - إنما هو وفاء بحين واجب فى الذمة لتوافر عنصر المبنوئية فى هذا الالتزام وليس من قبيل التبرع ولا يخضع لأحكامه ، والتي من أبرزها : شرط الشكل ، والأهلية :

فالوفاء بالالتزام الطبيعي لا يشترط شكل خاص له ، فيما يخلب - فى التبرعات - أن تكون شكلية . وفى تنفيذ الالتزام الطبيعي يكتفى بأهلية الوفاء بوجه عام ولا يلزم توافر أهلية التبرع . كذلك يخضع أداء المدين الطبيعي لأحكام الوفاء لا أحكام التبرعات وذلك فيما يتعلق بأحكام الدعوى البراءة وأحكام تصرفات المريض لمرض الموت .

٢- إذا تعهد للمدين - عن بينة واختيار - بالوفاء به وهو ما يعنى أنه معترف به^(٣) ، لأكمل لهذا الالتزام عنصر المسئولية الذى كان يفتقده ،

(١) وفى القانون الرومانى ، كان للوفاء بالالتزام طبيعى ، عن غلط فى ماهيته ، لا يمكن الرجوع فيه . أنظر لذلك : ديويو وجويميه ، المرجع السابق ص ٤٨٦ .

(٢) ومن تطبيقات الوفاء ، الذى يتم عن إكراه ، الوفاء « إذا حصل تحت تأثير الحجز الذى توقع على أموال المدين الموفى » . انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢٨ طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ فى سابق الإشارة إليه .

(٣) على أن يلاحظ أن هذا الاعتراف الذى يُستفاد من التعهد بالوفاء « لا ينطوى على تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي لالتزاماً مدنياً ، بل هو إنشاء لالتزام مدنى يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب » ، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٠٢ المشار إليها فى المتن ، بقولها أن : « الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدنى » . راجع فى هذا التحليل ، الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٢ ، مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٤١٦ .

واستوى بعد ذلك ، للتراماً مدنياً ، وجد سببه فى هذا الالتزام الطبيعى . وفى هذا المعنى تنص المادة ٢٠٢ بأن « الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » .

٣- لا يتقاضى الالتزام الطبيعى مع للترام مدنى ^(١) ، ولا يجوز كفالته ^(٢) . وذلك لأنه سوف يترتب على كل من المقاصة أو الكفالة فى نهاية الأمر - وإن كان بشكل غير مباشر - إجبار المدين بالالتزام الطبيعى على تنفيذه ، وهو ما لا يجوز . فضلاً عن أنه لا يسوغ - فى الكفالة - أن يكون التزام الكفيل أشد من للترام المدين الأصلى ^(٣) .

تقسيم :

بعد هذه المقدمة ، نوزع الدراسة فى آثار الالتزام المدنى على ثلاثة فصول : نعرض فى أولها للتنفيذ العيى ، وفى الثانى للتنفيذ بمقابل (أو بطريق التعويض) ، لنكرس الثالث لدراسة ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان .

(١) وفى القانون الرومانى كانت هذه المقاصة جائزة . أشار لذلك : دييوا وجوديمييه ص ٤٨٦ .

(٢) انظر عكس ذلك ، وأن كفالته تجوز . قياساً على كفالة الترام ناقصى الأهلية : دييوا وجوديمييه ص ٤٨٨ .

(٣) كذلك يرى البعض أن الالتزام الطبيعى ، حالة كونه كذلك : لا يتصور أن يكون مضموناً برهن ، إذ الحق العيى للتعبي لا يتصور أن يكون أكبر قوة من الحق الأصلى . فى هذا المعنى : جوسران ، المرجع السابق بند ٧١٥ ، وعكس ذلك : دييوا وجوديمييه ص ٤٨٨ .

الفصل الأول

التنفيذ العيني

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على ثلاثة مباحث : يعرض في أولها لشروط التنفيذ العيني ، وفي الثاني لكيفية هذا التنفيذ ، لنخصص الثالث لدراسة إحدى وسائل حمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً وهي الوسيلة التي تعرف بالغرامة التهديدية .

المبحث الأول

شروط التنفيذ العيني

١٢- ذكرنا من قبل أن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل . ونضيف هنا أنه حق لكل من الدائن والمدين ، بما يعني أنه لا يمكن لأيهما أن يجحد عنه بمفرده ويطلب للتنفيذ بطريق التعويض ^(١) .

١٣- وقد أجمعت شروط هذا النوع من التنفيذ المادة ٢٠٣ مدنى ، حين قضت بأنه « يجبر للمدين - بعد إعداره - ... على تنفيذ التزامه تنفيذاً

(١) وجاء في الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٣ ، أنه : « إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأجره ، ومن حق المدين أن يعرض القيام به ، ولن يجوز للدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراسى المتعاقدين ، ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى ، فهو ليس موكولاً للتخيير ، لأن رخصة الدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين ، سواء فى ذلك للمدين أو الدائن ، فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالبدل لأن المدين لا يملك عرض العوض النقدى ما بقى الوفاء للعيني ممكناً .

عينياً متى كان ممكناً . على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ،
جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن
ضرراً جسيماً » .

ويخلص من هذا النص ، أن شروط التنفيذ العيني تتلخص في :

١- أن يكون التنفيذ العيني ممكناً :

فإذا استحال التنفيذ العيني امتنع الحكم به على المدين ، لتحدد بعد ذلك
مسئوليته تبعاً لسبب هذه الاستحالة : فإذا كانت بفعله - وهو أمر متصور في
جميع صور الالتزام باستثناء ما كان محله دفع مبلغ من النقود - أصبح
مسئولاً بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني . مثال ذلك أن يعدم المدين محل ما
هو ملتزم بنقل ملكيته ، أو يمتنع عن تنفيذ عمل قائم على اعتبار شخصيته ،
أو يفوت الميعاد الملائم لتنفيذ الالتزام ، أو يأتى بالعمل الذي التزم بالامتناع
عنه خلال مدة المنع . أما إذا كانت هذه الاستحالة بسبب أجنبي لا يد له فيه
انقضى الالتزام كلية وامتنع على الدائن حتى أن يطالب بالتعويض
(م ٣٧٣) .

ويبقى في هذا الموضوع تحديد فكرة إمكان التنفيذ ذاتها ، فمتى يسوغ
القول بأن تنفيذ الالتزام عينياً يدخل في حدود الإمكان ، لاسيما فيما يتعلق
بميعاد التنفيذ؟

تختلف الإجابة على هذا التساؤل حسب ظروف الحال ، فأحد
أمرين :

- إما ألا يكون قد حُدد للتنفيذ ميعاد ، وفي هذه الحالة يجوز
« الوقاء عيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يدخل ذلك
بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن

التأخير « (١)(٢) - ويهيبه التقنين الألماني للدائن وسيلة لقطع الشك باليقين في مثل هذه الحالة فيبيح له أن يحدد للمدين ميعاداً مناسباً للوفاء عيناً وأن يدفع هذا التحديد بإبلاغه أنه إن يقبل منه وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد (٣) ، وليس ثمة ما يمنع القضاء من العمل بهذا الحكم ، دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعي خاص (٤) .

- أو يكون قد حُدد ميعاد للتنفيذ فيكون المفروض في هذه الحالة أن الوفاء بعد انقضاء هذا الميعاد يكون ممتنعاً ، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل على عكس ذلك (٥) .

٢- ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً :

التنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حد ذاته ، ولكنه يلحق بالمدين ضرراً جسيماً . وكان الأصل ألا يعتد بهذا الإرهاق إعمالاً للمبادئ التقليدية التي تعطى للدائن بالتزام مدني الحق في جبر مدنيته على الوفاء به . لكن اعتبارات العدالة التي تقف وراء كثير من الاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وتطبيقاً لفكرة عدم جواز التعسف في استعمال الحق -

(١) ولا يسوغ في هذا الفرض القول بأنه طالما لم يُحدد للتنفيذ ميعاد فإنه يكون من حق المدين أن يرجئ التنفيذ لأي وقت ، لأنه طالما أن الالتزام نشأ بسيطاً (غير مضاف لأجل) فإن الأصل - طبقاً للقواعد العامة - هو وجوب الوفاء به فوراً مادام ذلك ممكناً .

(٢) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٠٣ مشار إليها في معروض عبدالتواب ص ٤١٧ ، ٤١٨ .

(٣) أشارت إلى ذلك الأعمال التحضيرية للنص ، في الوضع سابق الإشارة إليه في الهامش السابق .

(٤) في هذا المعنى ، الأعمال التحضيرية سابق الإشارة إليها .

(٥) في هذا المعنى الأعمال التحضيرية للنص سابق الإشارة إليها .

قد حدث بالمرشح أن يجيز للمدين أن يستبدل بالتفويض العيني في هذه الحالة دفع تعويض للدائن^(١)، مادام أن هذا الاستبدال لن يلحق بهذا الأخير ضرراً جسيماً^(٢)، وإلا وجب الرجوع إلى الأصل وإلزام المدين بالتفويض العيني .

وفي هذا المعنى جاء في حكم للنقض أن : « التفويض العيني للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع تعاطيها كلما رأى في التفويض العيني إرهاباً للمدين وبشرط ألا يلحق ذلك ضرراً جسيماً للدائن . وإن فمتى كانت المحكمة قد رأت أن عدم التفويض العيني من شأنه أن يضرر بالدائن ضرراً جسيماً فإنه لا تثريب عليها إذ هي أعملت حقاً أصيلاً لهذا الدائن وقضت بالتفويض للعيني ولا شأن لمحكمة النقض في التعقيب عليها في ذلك »^(٣) .

(١) وبديهي أن تقدير مدى الإرهاب إنما هو من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . انظر نقض ١٩٧٠/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠١ ص ١٢٣٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٥١ ص ٨٦٥ .

(٣) نقض ١٩٥٥/٤/١٤ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٤١٩ . ونظر من تطبيقات القضاء للشرط محل البحث ، حكم نقض ١٩٦٦/٢/١ في الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢١ ق (مجموعة للمكتب الفني ، ص ١٧-٢١ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالتواب ص ٤٢٠) وقد جاء في هذا الحكم : « فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهابها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلى ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المنفق عليها ، وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي إلى انتهاء الإرهاب عن المؤجرة (الطاعة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام على حساب الطاعة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع ما ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراء التخلّف عن تنفيذه ، وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والتمن الذي سيتكلفه وما يستتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا التمن يتناسب مع قيمة المبنى ، قد حجب =

٣- ألا يكون فى التنفيذ العيى الجبرى مساس بحرية المدين الشخصية:

قد تكون شخصية المدين محل اعتبار فى بعض صور الالتزام بعمل . وعندئذ فإن مجرد امتناع المدين عن التنفيذ بالرغم من إمكانه وعدم إرهابه . إنما يعد فى الواقع من قبيل الاستحالة التى تحرم الدائن من مكنة الإصرار على طلب التنفيذ للعيى^(١) ، لأن فى مثل هذا الإجراء فى هذه الحالة مضادة لحرية المدين الشخصية^(٢) . فضلاً عن أنه لن يؤدى إلى أداء العمل على الوجه المنتظر^(٣) اللهم إلا إذا أُلحِق فى حمله على التنفيذ العيى بوسيلة غير مباشرة وهى وسيلة للتهديد المالى على ما سنرى فيما بعد .

٤- إعدار المدين :

فإذا لم يكن المدين - بالفرض - قد نفذ التزامه عيناً باختياره ، فإنه يلزم - فضلاً عن الشروط السابقة ، وحتى يمكن أن يُصل الدائن إلى هذا التنفيذ قهراً عنه ، أن ينبه عليه - رسمياً - بوجوب هذا التنفيذ ، وذلك من طريق إعداره . مسجلاً عليه بهذا الإجراء خطأه إذا هو تراخى ، عن التنفيذ من بعده .

وفى هذه الحدود يمكن أن يفهم ما نصت عليه المادة ٢٠٣ منى من

= نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذى يصيب الطاعة بتركيب المصعد لمقارنته بالضرر الذى يلحق المطمعون عليه من عدم تركيبه ، مما يعيب الحكم مخالفته القانون والقصور فى التصويب . »

(١) انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى ١٩٦٥/٦/٣٠ (ج . ب) ١٩٦٥-٢-

٣٢٩ وتطبيق E. K .

(٢،٣) فى هذا المعنى جوجلار ، دروس ملزو بند ٩٣٢ .

وجوب إعدار المدين كشرط للتنفيذ العيني للالتزام^(١) . فهي لا تقصد - بداهة - أن يكون هذا الإعدار إجراء يجب أن يسبق بالضرورة كل تنفيذ عيني : فقد يسارع المدين ، وباختياره ، إلى تنفيذ التزامه فور حلول أجل هذا الالتزام ، فيقع هذا التنفيذ صحيحاً بالتأكيد ، ولا يمكن له بعد ذلك أن يطلب استرداد ما أداه متنعاً بأنه أوفى دون أن يعنره الدائن بوجوب هذا الوفاء . بل أن هناك من الالتزامات ما يتم تنفيذها بقوة القانون فور نشوئها ودون حاجة إلى تدخل من جانب المدين ، ومن ثم فإن الإعدار كإجراء سابق على هذا التنفيذ لا يكون متصوراً^(٢) ، كما هو الحال مثلاً في الالتزام بنقل ملكية منقول معين بالذات ، حيث تنتقل هذه الملكية - كما سنرى - بمجرد التراضي مادام أن هذا المنقول كان مملوكاً للملتزم .

وحتى في غير هذه الحالات ، إذا سارع الدائن - فور حلول أجل الوفاء بالالتزام - ورفع الدعوى على مدينه مطالباً إياه بالتنفيذ العيني ، دون أن يكون - بالفرض - قد سبق أن أعذره بوجوب هذا التنفيذ ، فلا يعنى ذلك أن المطالبة القضائية لا تكون صحيحة . إنما كل ما يترتب على عدم إعدار المدين ، أن هذا الأخير لا يعتبر متأخراً قانوناً في الوفاء بالتزامه حتى وقت رفع الدعوى . فإذا ما أوفى بهذا الالتزام - عندئذ - انقضت المطالبة القضائية ويتحمل الدائن (للمدعى) مصاريف الدعوى التي سارع برفعها .

(١) قرب د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٣٨ . ويعمم الدكتور البندواي فيرى أن اشتراط الإعدار لاقتضاء التنفيذ العيني يبدو أمراً غير مفهوم بند / ٧ .

(٢) في هذا المعنى : د . عبدالرزاق السنهوري بند / ٤١١ ، الصمد بند ٩ ، وفي الفقه الفرنسي ، يقتصر بعض الشراح بوضوح شرط الإعدار ، على فرض التنفيذ العيني القهري للالتزام . انظر مثلاً : ستارك ، المرجع السابق بند / ٢٠٣٥ .

MARTY et RAYNAUD : Droit civil T . 2 (V . I) (Les obligations)
1962 No 655 bis .

المبحث الثانى

كيفية التنفيذ العيني

اختلاف هذه الكيفية تبعاً لموضوع للزام المدين .

١٤- تختلف كيفية التنفيذ العيني للالتزام تبعاً لاختلاف موضوع

الالتزام نفسه الواجب التنفيذ ، وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : الالتزام بنقل الملكية (أو الحقوق العينية الأخرى) :

١٥- فقد يكون المدين ملتزماً فى مواجهة الدائن بنقل ملكية شئء أو

أى حق عيني آخر عليه . وفى هذه الحالة ، فإن كيفية التنفيذ العينى لهذا الالتزام سوف تتوقف على طبيعة هذا الشئء ، الذى قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً . وفى الفرض الأول قد يكون منقولاً معيناً بالذات وقد يكون منقولاً معيناً بالنوع .

(أ) فى المنقول المعين بالذات :

١٦- فإذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العينى منقولاً معيناً

بالذات ، فإن هذا الالتزام ينفذ بقوة القانون أو بعبارة أخرى من تلقاء نفسه ، بمجرد الاتفاق ، طالما أن هذا المنقول كان مملوكاً للملتزم^(١) . ولا يبقى بعد

(١) وقد عبرت عن هذا المعنى الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٤ بقولها :

« يتفرع عن وجود التنفيذ العينى وجوباً تلقائياً للتخير ، أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام بنقل حق عيني ينفذ بمجرد نشوئه ، وأن القانون نفسه هو الذى يتكفل له بترتيب هذا الأثر فإذا صدر التصرف فى منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف له فور الوقت . »

ذلك إلا مطالبة المدين بتسليمه . وهذا للتسليم هو التزام بعمل يمكن تنفيذه جبراً عليه . وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٠٤ مدنى بأن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ... » .

ويتفرع على ما تقدم أنه إذا تصرف المدين فى هذا المنقول بعد ذلك وقبل تسليمه للدائن ، وسلمه بالفعل إلى المتصرف إليه الثانى ، فإن هذا الأخير إذا كان سيملكه حقيقة ، إلا أنه لن يملكه بموجب التصرف الذى تم بينه وهذا المدين الذى أصبح بالفرض غير مالك لهذا المنقول منذ التصرف الذى تم بينه والدائن الأول ، وإنما سوف تستند ملكيته فى حقيقة الأمر إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (١) .

(ب) فى المنقول المعين بالنوع :

١٧- أما إذا كان محل الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني منقولاً معيناً بالنوع ، وبالنظر إلى أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا ترد بالفرض إلا على شيء معين بالذات ، فإن العقد هنا يقتصر على مجرد إنشاء التزام بنقلها . ويتم تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإفراز ، الذى يتراخى انتقال الملكية حتى إتمامه . ويمكن تنفيذ التزام المدين بالإفراز جبراً عنه ، عن طريق حصول الدائن على شيء من النوع ذاته من الأسواق على نفقة

(١) وقد عبرت عن هذا المعنى الأعمال التحضيرية للنص بقولها أنه بالنسبة للمتصرف له الثانى (الخلف الثانى) : « لا تؤول إليه (أى للملكية) بمقتضى التزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة » ، وإن استطردت قليلة : « ومن الجائز أن يقال أن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثانى عن طريق الحيازة » .

المدين وذلك بعد استئذان القاضى ، بل ودون استئذانه فى حالة الاستعجال ^(١) . اللهم إلا إذا فضل الدائن المطالبة بقيمة الشيء . كل ذلك دون إخلال بحقه فى التعويض فى الحالتين ^{(٢)(٣)} . وعلى ذلك يجرى صريح نص المادة ٢٠٥ مدنى ، التى تقضى بأنه « إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى ، على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء » .

* * *

١٨- هذا ويتفرع على الالتزام بنقل حق عينى - سواء كان المعقود عليه شيئاً معيناً بالذات أو معيناً بالنوع فحسب (متى عين الشيء المعقود عليه) التزام تبعى بالقيام بعمل يتمثل فى وجوب تسليم هذا الشيء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم .

ونرجئ دراسة كيفية تنفيذ هذا الالتزام ودرجة العناية اللازمة فى هذا التنفيذ وتبعه هلاك هذا الشيء أو ضياعه ، للموضع المخصص لدراسة تنفيذ الالتزام بعمل ، كما سيجئ ^(٤) .

(١) شريطة - بطبيعة الحال - أن يحذر المدين أولاً ، فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه . انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص ٥١٣) .

(٢) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٥ : « وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يعادل قيمة الشيء ، ولا يكون أساس هذه المطالبة استحالة للتنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن للتعويض دون ممانعة من المدين . ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه لا قيمته .

(٣) بل وللدائن ، فى كلتا الحالتين ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون للمدى ص ٥١٣ .

(٤) انظر لاحقاً بند/٢٠ ، ص ٣٤ .

(ج) في العقارات :

١٩٩- أما إذا بورد الالتزام بفعل الملكية على عقار ، فإن هذه الملكية - بموجب قانون التغير العقاري - لا تنتقل بمجرد العقد ، وإنما يقتصر هذا الأخير على إنشاء التزام على علق البائع بفعلها . هذا الالتزام يمكن تنفيذه عينياً جبراً على البائع إن لم يشأ هذا أن ينفذه اختياراً^(٩١) ، برفع دعوى تعرف بدعوى صحة وتنفذ عقد البيع . فإذا صدر الحكم قبيحاً للمصلح المشتري وقام بتسجيل هذا الحكم ، قام ذلك مقام تسجيل العقد نفسه ، وانتقلت الملكية للمشتري ، وبذلك يتم التنفيذ العيني للالتزام^(٩٢) . هذا وقد حرصت المادة ٢٠٤ على إيضاح التفرقة بين تنفيذ الالتزام بفعل ملكية العقار والالتزام بفعل ملكية العقار ، حين اشترطت في عينها ضرورة عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل .

ثانياً : الالتزام بعمل :

٢٠٠- وقد يكون المدين ملتزماً في مواجهة الدائن بإتيان عمل . ويتخلف - في هذه الحالة - كيفية تنفيذ هذا الالتزام ، تبعاً للفروض التالية :

((أ)) الفرض الأول ، وفيه يكون العمل الذي يجب على المدين اتيانه بغير مرتبط بشخصه ، بحيث يستوي عند الدائن أن يقوم به المدين

(٩١) بأن يقوم بما يلزم من عمل ، لإجرائه تسجيل التصرف المنقول الملكية ، لا سيما التصديق على توقيعه على هذا التصريف .

(٩٢) وتعتبر أن هذا المعنى جاء في الأعمال التفسيرية لـ الملاءة/٤-٢ قولها: «وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بفعل الحق العيني على التراضي من الزم من وهذه هي علة الفرض في هذا المقام بين مجرد الالتزام بفعل الملكية وبين انتقالها فعلاً » .

مجموعة الأعمال التفسيرية من/٥١١٧ .

شخصياً أو غيره . وهذه مسألة يستقل الدائن وحده بتقديرها . عندئذ إذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً ، وكان من غير الجائز جبره على التنفيذ شخصياً ، إلا أن التنفيذ العيني للالتزام يظل ممكناً على نفقته . وذلك بأن يحصل الدائن على إذن من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة شخص آخر على نفقة المدين^(١) . بل ويعطيه المشرع الحق في عدم الاستئذان المسبق في حالة الاستعجال^(٢) (م ٢٠٩) .

(ب) وفي فرض ثان ، قد يكون العمل الواجب على المدين أن يقوم به مرتبطاً - على العكس - بشخصه ، بحيث لا يجزئ الدائن أن يقوم به غير هذا المدين^(٣) . وعندئذ إذا امتنع المدين عن القيام بالعمل كان من غير الممكن جبره على التنفيذ لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية . غير أن من حق الدائن في نفس الوقت ، أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨) ، ولذلك فإذا لم يفلح الدائن - باستعمال وسيلة الغرامة التهديدية - في حمل المدين على التنفيذ ، فتن يبقى أمامه سوى أن يفتح بتنفيذ هذا الالتزام بمقابل عن طريق التعويض .

(ج) وفي فرض ثالث ، قد يقوم حكم القاضي مقام تنفيذ الالتزام

(١) ومن تطبيقات القضاء المصري لهذا الفرض : نقض ١٩٦٢/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفني س ١٤ ص ٦١١ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي ، نقض ١٩٧٢/١١/٢٩ أشار إليه جوجلار ، دروس مازو ص ٩١٢ ، هـ ٣ .

(٢) وما أجازته المادة/٢٠٩ للدائن في حالة الاستعجال من القيام بهذا التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء إن هي إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن - بداهة - مواخذته على عدم استعمالها . انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٦٥/١١/١١ مجموعة المكتب الفني س ١٦ ص ١٨ .

(٣) وقد مثلت لذلك ، الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٨ بـ « الممثل أو المفنى، أو المصور » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢٦ .

بعمل ، إذا سمحت بذلك طبيعة هذا الالتزام . ومثال ذلك الحكم الصادر بثبوت التعاقد وصحة البيع في بيوع العقارات ، حيث يقوم تسجيله كما ذكرنا مقام تسجيل العقد نفسه فتنتقل به الملكية رغم امتناع المدين عن التنفيذ ، ومن أمثلته أيضاً ، ما قضت به المادة ١٠٢ مدني من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه للمتعاقدين الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم - متى حاز قوة الشيء للمقضى به - مقام العقد »

(د) وفي فرض رابع : قد يكون المدين ملتزماً بالقائم بعمل ، محله بالتحديد هو « أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه » . وفي هذا الفرض « فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص للقانون أو الاتفاق على غير ذلك » . « وفي كل الأحوال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » ^(١) . (مادة ٢١١/١ ، ٢) .

(هـ) وفي فرض خامس : قد يكون الالتزام بالعمل التزاماً تبعياً يتفرع - كما قلنا في موضع سابق - من الالتزام بنقل ملكية شيء أو حق عيني عليه ، حيث يمثل هذا العمل في : وجوب تسليم ذلك الشيء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم ، وهو ما عبرت عنه المادة/٢٠٦ بقولها : « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » . ويتعين على المدين في هذه الحالة أن يبذل في تنفيذ هذا الالتزام التبعي

(١) راجع في تفاصيل هذا الفرض ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء ٢ ص ٥٣٢ ومشار إليه أيضاً في معوض عبداللّوالب ، المرجع السابق ص/٤٢٧ ، ٤٢٨ .

غاية الرجل المعتاد . فإذا هلك الشيء أو ضاع بغير خطأ من الملتزم وقبل إعداره ، اختلف الحكم تبعاً لما إذا كانت تبعة الهلاك واقعة على الدائن أو على عاتق المدين : ففى للحالة الأولى يتحمل الدائن ما ينجم عن الهلاك أو الضياع من الضرر ، أما فى الحالة الثانية فإن المدين هو الذى يتحمل ذلك .

أما إذا كان هلاك الشيء أو ضياعه بعد الإعذار فإن تبعة هذا الهلاك تكون على المدين . على تفصيلات فى هذا الشأن نرجئها للموضع المخصص للكلام عن الآثار التى تترتب على الإعذار ^(١) .

الالتزام بامتناع عن عمل :

٢١- وقد يكون المدين ملتزماً بامتناع عن عمل . فإذا وقعت منه المخالفة لهذا الالتزام ، فإن إزالتها يمكن - مع ذلك - أن تظل ممكنة . وتعد الإزالة عندئذ تنفيذاً عينياً لهذا الالتزام . ويتوصل الدائن إلى التنفيذ العينى بطريق الإزالة ، بأن يحصل على إذن من القضاء بذلك ، ويقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين فيتم بذلك تنفيذ الالتزام عيناً جبراً عنه .

غير أنه يجدر للتويه فى هذا الشأن ، بأن اللجوء إلى القضاء بطلب الإنان المسبق بالإزالة ، يظل أمراً ضرورياً حتى فى حالة الاستعجال (م ٢١٢) ^(٢) ، وذلك على العكس من حالة الالتزام بعمل .

وتجد هذه التفرقة مبررها فى أن إقدام الدائن على الإزالة بنفسه إنما يعد من أعمال العنف التى قصد المشرع تجنبها .

(١) انظر لاحقاً بند/٤٤ .

(٢) قارن - مع ذلك - الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٢ وقد جاء فيها : « بل وله (أى الدائن) أن يتجاوز عن هذا الإنان على مسؤوليته عند الاستعجال » .
مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٢/ص ٥٣٥ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٢٩ .

كذلك يجدر التنويه بأن القاضى لا يلتزم بالحكم بالإزالة إذا طلبه الدائن، وإنما يتمتع إزاء هذا الطلب بسلطة تقديرية طبقاً للمادة ٢/٢٠٣ . وبموجب هذه السلطة قد لا يرى إجابة الدائن لطلبه وإنما يكفي بالاستجابة لطلب المدين استبدال التعويض النقدى بهذه الإزالة إذا كان فيها إرهاب جسيم له ، ولم يكن فى العنول عنها إلى التعويض النقدى ضرر جسيم يلحق بالدائن^(١) .

وبالمقابلة ، فإن الحكم بالإزالة لا يحرم الدائن حقه فى المطالبة بالتعويض إلى جانبها ، إذا كان الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لالتزامه بالامتناع عن العمل لا تعوضه مجرد الإزالة . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٤٣ من المجموعة المدنية الفرنسية^(٢) ، الذى يعتبر فى الحقيقة محض تطبيق للقواعد العامة .

٢٢- غير أنه يتصور ، على العكس ، فى بعض الأحيان ، أن يكون التنفيذ العيى للالتزام بالامتناع مستحيلًا ، أو بعبارة أدق يصبح مستحيلًا فور وقوع المخالفة ، وذلك إذا ما كانت هذه المخالفة غير قابلة للإزالة بعد ذلك (كما هو الحال مثلاً فى التزام الطبيب بعدم إنشاء سر مريضه) . عندئذ لا يعد هناك من سبيل أمام الدائن إلا طلب التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى ، مثالا لعدم الاستجابة لطلب الإزالة ، لعدم ملائمته : نقض فرنسى ١٩٧٠/١٠/٨ (ج ب) ١٩٧١-١-ملخص ٣١ . وكان المطلوب إزالته فى هذه الدعوى هو بناء مشغول بالعديد من السكان .

أما فى مجال إقامة المبنى بالمخالفة للوائح التنظيم فلين الملاحظ أن القضاء الفرنسى لا يتردد فى الحكم بالإزالة ، أنظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٦٥/٣/١ (د)

١٩٦٥-٥٦ : نقض فرنسى ١٩٦٧/٢/٦ (د) ١٩٦٧-١-ملخص ٦١ .

(٢) وفى هذا المعنى أيضاً : ستارك ، المرجع السابق بند/٢٠٤٥ .

المبحث الثالث

إحدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني

(الغرامة التهديدية *L'astreinte*)

المقصود بها:

٢٣- كثيراً ما يقتضى التنفيذ العيني للالتزام بعمل ، تدخلاً شخصياً من جانب المدين (كما فى حالة تعهد فنان مشهور بتنفيذ ديكورات مبنى) . عندئذ إذا امتنع المدين عن التنفيذ ، فليس أمام الدائن - والتنفيذ العيني القهرى غير ممكن فى هذه الحالة لما فيه من مساس بالحريّة الشخصية للمدين ^(١) - سوى أن يقتنع بتعويض عن الضرر الذى أصابه من مخالفة المدين لما التزم به فى مولجته .

٢٤- وفى محاولة لإيجاد وسيلة غير مباشرة يمكن بها حمل المدين فى هذا النوع من الالتزامات على احترام تعهده ابتدع ^(٢) القضاء الفرنسى نظام الغرامة التهديدية . وهى مبلغ من المال يحكم به القاضى على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بعد الأجل الذى حدده له وطيلة ما بقى هذا الامتناع . وهو يقدره عادة عن وحدة زمنية معينة تتالى (باليوم مثلاً أو بالأسبوع أو بالشهر ... وهكذا) ، ليظل مبلغ الغرامة يتراكم مع توالى هذه الوحدة الزمنية وطيلة ما بقى موقف المدين معلقاً . حتى إذا ما تحدد : إما بالتنفيذ أو باستبانة امتناعه النهائى ، تمت تصفية مبلغ الغرامة على نحو ما سترى فيما بعد .

(١) أو حسب تعبير البعض « حيث يبدو إكراهه على التنفيذ مستحيلاً ، أدبياً على

الأقل » . مشترك بند/٢٠٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى سترك بند/٢٥١٦ .

٢٥- وقد تعرض هذا الخلق للقضائي لاعتراضات شديدة ^(١) من جانب بعض الشراح الفرنسية ^(٢) في بداية الأمر . لكن هذه الاعتراضات لم تثن محكمة النقض الفرنسية عن المضي في تبني هذا النظام الذي ابتكرته ، والذي لم يعد أن يجد من الأنصار من أمكنهم تنفيذ الانتقادات التي وجهت إليه ^(٣) .

٢٦- وعن القضاء الفرنسي ، نقل القضاء المصري هذا النظام في

(١) وأهم ما كان يؤخذ عليه ، أنه نظام لا يستند إلى أساس من القانون ، وأنه يخالف مبدأ وجوب تقدير التعويض بقدر الضرر لا بحسب جسامته الخطأ ، كما أنه يخالف مبدأ حجية الأمر المقضي ، ما دام أن للقاضي أن يلبث في النهاية حتى يرجع عن قراره وذلك بتصفية ما تراكم من مبلغ الغرامة . بل قيل بأن الغرامة ، وهي عقوبة تحكيمية ، إنما تخالف مبدأ لا عقوبة إلا بنص .

لمزيد من التفاصيل في هذه الانتقادات راجع :

BORE (J) La liquidation de l'astreinte comminatoire D 1966-
chr- spec . Pp . 164-167 .

وراجع في عرض مفصل لهذه الاعتراضات ، لورده : دييوا وجوديميه ،

الصفحات من ٣٥٣-٣٥٦ ؛

FREJAVILLE (M) : L'astreinte . D 1949 - chr - p . 1

وانظر أيضاً :

ESMEN. (A) : L'origine et la logique de la jurisprudence en
matière d'astreinte ، R. T 1903 p . 5 .

(٢) من هذا الاتجاه : جوسران ، المرجع السابق بند/٥٩٧ ؛ بوزيه المقال السابق ،

على الأخص ص ١٦٤ عامود ٤ ، والصفحات من ١٦٥-١٦٧ ؛ لوران ، ديموليومب :

أشار إليهما مارتى ورينو ، المرجع السابق ص ٦٩١ هامش ٤ . كما يبدو يشك في

شرعية هذا النظام كل من : كولان وكابيتان ودي لامورانيي بند ١١٦ .

(٣) راجع في تفاصيل هذه التقديرات : ستارك بند ٢٥٢١ ؛ دييوا وجوديميه

ص ٣٥٣-٣٥٦ .

ظل المجموعة المدنية للمخاة ، وطبقه إذ ذاك دون سند من القانون ^(١) حيث لم تكن هذه المجموعة تتّصّص عليه . أما فى ظل المجموعة المدنية الحالية ، فقد أصبح هذا النظام مقتناً ، حيث قضت للمادة ٢١٣ مدنى بأنه « إذا كان تنفيذ الإلتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين بنفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهيديية إن امتنع عن ذلك »

على أن تعبير الغرامة التهيديية الذى أطلقه المشرع على هذا النظام ، بالمخالفة لما كان قد استقر فى ظل التفتين الملغى من إطلاق تعبير « التهديد المالى » عليه ، هو فى اعتقادنا محل نظر ^(٢) . فالغرامة لها مدلولها المحدد فى قانون العقوبات ، وجوهرها أنها مبلغ نقدى تقدره المحكمة بشكل إجمالى وبصفة نهائية لا سبيل إلى مراجعته . وهى فى كل ذلك بعيدة كل البعد عن فكرة التهديد ، حين أن هذا الأخير هو - على العكس - للهدف الوحيد لهذا النظام . الأمر الذى يجعل من التعبير الذى اختاره للمشرع منطوياً فى اعتقادنا على تناقض فى تركيبه : إذ ليس من سبيل فى الحقيقة إلى التوفيق بين لفظة غرامة ولفظة تهديد . وأولى منه العودة إلى تعبير « التهديد المالى » .

شروطها :

٢٧- فى ضوء نص المادة ٢١٣ مدنى سابقة الإشارة ، يمكن تلخيص

(١) أشار إلى ذلك : د . إسماعيل غانم فى النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ،

١٩٦٧، بند ١٣ .

(٢) من منقضى هذا للتعبير أيضاً : د . إسماعيل غانم ، للمرجع السابق ،

بند ١٢ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ هامش ٦ .

شروط التهديد المالى ، على النحو التالى :

١- أن يكون هناك التزام واجب التنفيذ على المدين :

فيجب من ناحية ، أن يصدق على ما يراد حمل المدين على تنفيذه من طريق هذا النظام ، وصف الالتزام بالمعنى الدقيق ^(١) ولا أهمية بعد ذلك لمصدر هذا الالتزام ^(٢) . ومن ثم فإنه لا يجوز مثلاً ملوك هذا السبيل لحمل المدين على حضور الجلسات أمام المحكمة فى الدعوى المرفوعة عليه من الدائن : لأن حضور الخصم ليس التزاماً عليه ^(٣)، ^(٤) .

كما يتعين من ناحية أخرى ، أن يكون للتنفيذ العينية لهذا الالتزام لا يزال أمراً ممكناً ^(٥)؛ لأنه إذا كان على العكس قد استحال ، برئت بالفرض ذمة المدين مادام أن هذه الاستحالة كانت ترجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، ولم يعد من حق الدائن اللجوء إلى هذه

(١) ولذلك - مثلاً - رفضت محكمة النقض الفرنسية أن يحكم على زوج يهودى طلق زوجته ، بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم كتاب الطلاق لها ؛ لأن هذا التسليم « يشكل فى الحقيقة - بالنسبة له - رخصة تتصل بحرية اعتقاده الدينى ، لا يجعل إساءة استعمالها محلاً إلا للتعويض » . نقض فرنسا ١٩٨٢/٤/٢١ ، د ١٩٨٢ - أ.ر - ٣٢٥ .

(٢) الأعمال التحضيرية ص ٥٣٥ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٣٣ .

(٤) كما لا يجوز اللجوء إلى الغرامة لحمل شخص على ذكر أسماء من اشتركوا معه فى جريمة ، لأن القانون لا يلزمه بذلك : فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ويشير فى نفس الاتجاه (ص ٦٩٤ هـ ١) إلى استئناف باريس ١٩٢٧/١١/١٠ .

(٥) ويستخلص من ذلك بعض الشراح للفرنسيين ، الصفة التبعية للغرامة فى العلاقة بالالتزام الأصيل الواجب التنفيذ : نظراً ، متارك بند ٢٥٢٤ .

الغرامة ^(٩١) .. بل إنه حتى ولو كانت هذه الاحتمالة يفرض المدين ، فإن اللجوء للغرامة سيظل غير متصور أيضاً ، ملائمت بالقرض قد فقدت مبررها حيث « لا يمكن التغير على مستحيل » ^(٩٢) ، ولا يبقى أمام الدائن سوى طلب التعويض ^(٩٣) .

٢- عدم إمكان أو عدم ملائمة التنفيذ إلا من جانب المدين :

وهذا الشرط الذي حصرت على إبراز الملاءمة ٢١٣ متى ، هو قى الحقيقة مبرر هذا الظلم من السلسه .

وقد سبق أن ذكرنا أن الاتزام يدفع مبلغ من النقود يقبل التنفيذ العيني المباشر دائماً ^(٩٤) . وكذلك الاتزام ينقل الملكية أو الحق العيني ، بل وبعض صور الاتزام يعمل إذا كانت شخصية المدين غير ذات الاعتبار بالنسبة للدائن « أو قى الحالات التي يمكن أن يقوم حكم القاضي فيها مقام تنفيذ المدين - ولذلك يكاد يقتصر ظلم الغرامة على حالة الاتزام

(١) انظر على سبيل المثال : نفس (تجارى) قرسى ١٩٢٩/٥/٢٥ (ج ب

- (١١٦٦٩-٢-١١٧٥) -

(٢) « à l'impossible nul ne saurait être astreint » .

سنتارك بنك ٢٥٣٨ -

(٣) انظر ، على سبيل المثال : استئناف لوجن ١٩٥٢/١/١ (من ١٩-٢-٤١) .

(٤) وقد رفض تطبيق الغرامة قى هذا المجال نفس قرسى ١٩١٨/١-٢٨

(من ١٩١٩-١١-٨٢ وتعلق هيجنى) . وانظر عكس ذلك نفس (تجارى) قرسى

١٩٥٦/٤/١٧ (ج ب ١٩٥٦-٢-٩٣٣ وتعلق قبيل) -

وقى الفقه الفرنسى :: يرى البعض ضمناً عدم تطبيق الغرامة قى هذا المجال :

انظر سنتارك بنك ٢٥٤١ (وإن كان يرى أن الهدف المقصود للغرامة هنا هو تغليظ لوجم

الدائن إلى إبراءات اللحيز على أموال المدين) . فيما يؤيد البعض الآخر تطبيقها قيه :

انظر هارنتى وريغو بنك ٦٧٢٢ « ويترتب جوجنر (روس ملاز) بنك ٩٤٨ -

بعمل ^(١) لا يمكن تنفيذه أو لا يلائم إلا من جانب المدين شخصياً ^(٢) . وفي حالة الالتزام بامتناع عن عمل ^(٣) إذا كان المطلوب هو امتناع مستمر ^{(٤)(٥)} .

* * *

(١) انظر من تطبيقات للقضاء الفرنسي : نقض ١٩٤٧/٨/٤ (ج ب ١٩٤٧-٢-ملخص-٣٠) ؛ محكمة السين التجارية ١٩٥٤/١/١٨ (د . ١٩٥٤-٢٨٤) استئناف إكس ١٩٢٨/٤/١٩ (د . ١٩٣٠-٢-١٧ وتعليق بيك) ؛ نقض ١٩٧٠/٦/٥ (ج . ك ب . ١٩٧٠-٤-١٩٦) .

(٢) على أن يلاحظ أن هناك مجالاً من المسلم بأن الغرامة التهديدية لا يجوز اللجوء إليها فيه ، وهو مجال الحق الأدبي للمؤلف . فلا يجوز استعمال هذه الغرامة في مواجهة هذا الأخير إذا كان في استعمالها معسار بهذا الحق . ولا يكون أمام دائن المؤلف ، إذا امتنع هذا الأخير مثلاً عن تسليم مصنف تعهد بتسليمه للدائن - سوى أن يفتح بتعويض نقدي بدلاً من التنفيذ العيني . في هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٤٠ ؛ د . إسماعيل غانم بند ١٧ ؛ وفي القضاء الفرنسي نقض ١٩٠٠/٣/١٤ (د . ١٩٠٠-١-٤٩٧ وتقرير رو وتعليق بلانيول) .

(٣) ومن للتطبيقات القضائية لهذا الفرض انظر محكمة مارسيليا ١٩٦٨/٢/ (ج . ك ب ١٩٦٨-٢-١٥٦٠٠ وتعليق بيرون) .

(٤) ومن ذلك تطبيق للقضاء الفرنسي للغرامة لوقف مضايقات الجوار غير المألوفة . انظر مثلاً : استئناف لجو ١٩٧١/٢/٢ (ج ب ١٩٧١-١-٣٢٨) .

(٥) وكان القضاء الفرنسي في البداية قد توسع في اللجوء إلى هذا النظام فاستعمله في مجال الحقوق غير المالية ، وعلى الأخص حقوق الأسرة . بل إن بعض الأحكام لجأت إلى الغرامة في سبيل الحث على احترام الالتزام بالمساكنة (أو المعيشة المشتركة) بين الزوجين .

أشار إلى هذا التوسع ، وإلى أحكام قضائية عديدة في هذا المجال : مارتى ورينو بند ١٧٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ ستارك بند ٢٥٣٩ وهو يعلق - بحق - على استعمال الغرامة لتحقيق الهدف الأخير بأنه يؤدي في النهاية إلى مسرحية هزلية أكثر مما يؤدي إلى التزام حقيقي .

وانظر في التطبيقات الموسعة لهذا النظام :

ESMEIN (P) : Les astreintes . leurs nouvelles applications G . P 1941-1 doct - 81 .

٢٨- فإذا كان ما تقدم ، فإنه لا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المدين شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً . ولم يتردد القضاء المندى الفرنسى فى الحكم بالغرامة التهديدية ضد الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ^(١) . ويحظى هذا الاتجاه بتأييد فقه القانون الخاص بجزءه ^(٢) ، مما دام أن الإدارة ، على حد تعبير جوجلار « قد تقدم المثل على القوة السيئة بأن تمتنع عن تنفيذ التزاماتها حتى بعد أن تتأكد هذه الالتزامات بحكم القضاء » ^(٣) . فقط تأثير التساؤل - بالمقابلة - عما إذا كان بالإمكان أن يقضى بالغرامة لمصلحة الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة فى مواجهة للمدينين من الأفراد .

(١) انظر مثلاً : محكمة رن المدنية ١٩٤٨/١/٢٨ (ج ب ١٩٤٨-١-ملخص-١٠٢٩٦) ؛ محكمة مونبيلييه المدنية ١٩٤٨/٩/١ (ج ب ١٩٤٨-٢-٥٢٩٦ وتعليق M. F.) ؛ محكمة للتنازع ١٩٤٨/٦/١٧ (ج ب ١٩٤٨-٢-٤٤٣٧ وتعليق جورج) ؛ استئناف لكس ١٩٤٩/١٢/٢٧ (د . ١٩٥٠-٨٠) ؛ استئناف أورليان ١٩٥٠/٣/٢ (د . ١٩٥٠-٤٤٠) ؛ نقض تجارى ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الإشارة إليه ؛ استئناف جرينوبل ١٩٦١/٥/١٠ (ج ب ١٩٦١-٢-ملخص-٩) .

لما القضاء الإدارى الفرنسى فلا يتجه هذه الوجهة ، استناداً ، فى تقدير البعض - إلى مبدأ الفصل بين السلطات انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ، ص ٦٩٥ . ومن تطبيقات القضاء الإدارى فى هذا الاتجاه العكسى : حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٢٢/١١/١٥ (س ١٩٢٤ - ٣ - ٣٣ وتعليق هوريو) ؛ وفى ١٩٢٤/٢/٢٧ (د . أ ١٩٢٤-٢٦٨) ؛ وفى ١٩٢٣/١/٢٧ (د . ١٩٢٤-٣-٦٨) .

(٢) انظر : مارتى ورينو بند ٦٧٢ ص ٦٩٥ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ؛ فريجا فيل ، المقال سابق الإشارة (١٩٤٩) ص ٣ عموماً وعكس ذلك : من فقه القانون العام : فالين لشار إليه لريوجافيل .

(٣) جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٨ ص ٩٢١ .

وفى هذا الخصوص يقبل القضاء المدني للفرنسى ذلك^(١)، فيما يتجه القضاء الإدارى وجهة عكسية ، على أساس أن الدولة تملك من وسائل القهر الفعالة والكافية فى مواجهة الأفراد ما يغنيها عن اللجوء لهذا النظام^(٢) .

٣- هل يشترط للحكم بالغرامة أن يطلبها الدائن من القاضى ؟

٢٩- الفقه منقسم بشأن هذا الشرط . ويستند مشروطو طلبها^(٣)، إلى ذلك المبدأ الثابت فى قانون المرافعات وهو أن المحكمة لا يجوز أن تقضى بأزيد مما طلبه الخصم . وإلى أن مفاد نص المادة ١/٢١٣ مدنى التى قضت « بجواز » أن يحصل للدائن على حكم بإلزام المدين بالتنفيذ العينى ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ، أن لجوء الدائن إلى هذه الغرامة هو رخصة له هو وليس للمحكمة ، التى لا يمكنها من ثم أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها^(٤) . بينما لا يرى الفريق الآخر أية تعارض بين مبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة وحكم القاضى بالغرامة من تلقاء نفسه ، على أساس من أن هذا الحكم ليس حكماً مستقلاً عن الحكم بالتنفيذ العينى ، وإنما هو مجرد وسيلة يكفل بها القاضى نفاذ هذا الحكم الأخير ، ومن حق القاضى أن يلجأ

(١) انظر مثلاً : محكمة ثالث المدنية ١٩٥٢/٢/١٩ (ج ب ١٩٥٢-١) .

(٢٩٩) .

(٢) انظر مثلاً حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٣٣/١/٢٧ (د ١٩٣٤-١) .

٦٨) . وقارن مع ذلك حكم مجلس الدولة فى ١٩٥٦/٧/١٣ (ج ب ١٩٥٦-٢-١٤٨) ، (ر ب ١٩٥٦ ص ٧٣٠ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

(٣) من أنصار هذا الاتجاه : د . السنهورى بند ٤٥١ د . سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٠٨ د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٢٣ د . جميل الشرفاوى بند ١٢ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٠ د . سنجير تناعو ، نظرية الالتزام بند ٢٩٧ : ومن الفقه الفرنسى : كولان وكايتان ودى لامور انديرير بند ١١٦ .

(٤) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس أحكام الالتزام ١٩٥٧ بند ٦٩ .

من تلقاء نفسه إلى ما يراه مناسباً من الوسائل التي أجازها له المشرع لكفالة نفاذ أحكامه^(١). وفيه هذا المعنى الأخير يقول فرانك : إن القاضي يجب عليه ألا يكتفى بأن « ينطق بالقانون » وإنما عليه أيضاً أن يهتم بكفالة تنفيذ ما ينطق به ، والغرامة هي وسيلة إلى ذلك^(٢).

٣٠- وفي اعتقادنا أن الاتجاه الأخير إذا كان هو الذي يستجيب والوظيفة الأساسية للغرامة ، وأنه إذا كان من المفهوم أن يتبناه غالبية الفقه

(١) من أنصار هذا الاتجاه : د . إسماعيل غانم بند ١٨ د . عبدالوود يحيى ، دروس في النظرية العامة للالتزامات ج٢ ، ١٩٨٠ بند ١٧ ، ويقترب : د . أنور سلطان بند ٥٩ ، د . مصطفى الجمال ، الوجيز في القانون المدني (.... أحكام الالتزام) بند ٢٦٨ .

وفي الفقه الفرنسي : ستارك بند ٢٥٤٥ ، مارتى وريلو بند ٦٧١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٩٤٢ ، بند ٩٤٤ ، فريجافيل مقال دالوز ١٩٤٦ سابق الإشارة ص ٢ عمود ٢ .

KAYSER : L'astreinte judiciaire, et la responsabilité civile. R. T 1953 p. 226 No13 .

وقرب دييوا وجوديميه ص ٣٥٠ ، ومن الأحكام القضائية : نقض فرنسي ١٩٨٢/١٠/١٢ (د . ١٩٨٣ - أ - ر - ٦٦) ، (وقد رتبته المحكمة على أن الغرامة تهدف إلى ضمان تنفيذ حكم القاضي ، أنها لا يمكن أن تترتب أثرها قبل إعلان هذا الحكم) ، نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ (د . ١٩٦٨ - ٥٢٦ وتعليق فرانك) ، وقرب باريس ١٩٨٤/١/٣١ .

(د . ١٩٨٤ - ٢٨٣ وتعليق ليندون ، حيث تقول أن وظيفة للغرامة هي كفالة تنفيذ الحكم) .

(٢) وقد جاء في الأعمال للتضيقية لنص المادة/٢١٤ أن : « الغرامة التمهيدية ليست ضرباً من ضروب التعويض وإنما هي طريق من طرق للتنفيذ » . مشار لذلك في معوض عبدالنواب ص/٤٣٠ .

(٣) فرانك ، تعليق على نقض ١٩٦٨/٤/٢٦ المشار إليه في الهامش قبل السابق .

الفرنسى حيث لا نص هناك يقابل المادة ١/٢١٣ مدنى مصرى ؛ إلا أن الاتجاه الأول هو الذى يتمشى فى الحقيقة وصياغة النص المصرى الذى يجعل من اللجوء إلى الغرامة مجرد أمر جوازى للدائن . صحيح أن الفقرة الثانية من نفس النص تجيز للقاضى أن « يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » ، لكن السبيل إلى إمكانية هذه الزيادة لابد أن يطرقة الدائن أولاً بطلب الحكم بمبدأ الغرامة أساساً . هذا إلى أن هناك شبهة فعلاً أن يكون الحكم بها من تلقاء المحكمة نفسها ، مخالفاً لمبدأ قانون المرافعات سابق الإشارة ، مادام أن القاضى حين يصفى ما تراكم من مبلغها فى النهاية ، سوف يتحين عليه ، أن يضيف فوق ما يقابل ما أصاب الدائن من ضرر بالفعل من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، ما يقابل ما بدا من المدين من عنت عقاباً له . ولما كان الدائن ، بالفرض ، لا يستطيع أن يتكهن بمسلك المدين ، فإن الحصيلة النهائية لمبلغ الغرامة - التى تطوع القاضى بالحكم بها من تلقاء نفسه - ستكون أكثر مما توقع الدائن أن يحصل عليه من القضاء ، بل وأكثر مما طلبه منه . ولهذا إذا أريد أن يكون للقاضى هذه الرخصة ، فيتعين - فى تقديرنا - تعديل النص سابق الإشارة ليكون صريحاً فى هذا المعنى .

٣٩- وأياً ما كان الأمر فى هذا الخلاف ، فإن من المسلم به أن للقاضى إزاء طلب الحكم بالغرامة ، سلطة تقديرية . وهو فى الحقيقة لن يستجيب لهذا الطلب إلا إذا قدر - من ظروف الدعوى - أن هناك أملاً برتجى ، من طريق الضغط على المدين بهذه الوسيلة ، أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً (١) .

(١) فى هذا المعنى ، نقض فرنسى (تجلوى) ١٩٥٦/٤/١٧ سابق الإشارة .

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

٣٢- يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالميزات التالية :

١- التقدير الزمنى :

لا يحكم للقاضى عادة بالغرامة كمبلغ محدد ثابت يهدد المدين ببغعه إذا لم ينفذ الالتزام ، وإنما يقرها عن كل وحدة زمنية (كيوم أو أسبوع أو شهر) يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه . وهذا هو أساس التهديد فى هذا النظام^(١) . فالحكم بمبلغ ثابت ، ولو كان كبيراً ، قد يضعف - مع الزمن - تأثيره فى تهديد المدين ، فيما يظل - على العكس - ترليد المبلغ الصغير تدرجياً مع الزمن عاملاً مهماً فى الضغط والتهديد .

٢- التقدير التحكمى :

إن الوظيفة التهديدية لنظام الغرامة تقتضى أن يزيد تقديرها على مقدار الضرر الذى يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ . هذه الزيادة يستقل القاضى بتقديرها مراعيأ فى ذلك قدرة المدين على المقاومة^(٢) . الأمر الذى يجعل من هذا للتقدير أمراً تحكيمياً . ويزيد من إبراز هذه الخاصية ما أعطته المادة ٢/٢١٣ للقاضى من أن يزيد فى الغرامة إذا رأى أن تقديرها ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع على التنفيذ . وفى كل ذلك تختلف الغرامة اختلافاً

(١) ولا يرى بعض الشراح فى التقدير الزمنى من جوهر نظام الغرامة التهديدية التى لا تتصور بدونه ، وإنما يمكن أن يحكم القاضى بها كمبلغ كلى (أو إجمالى) ، وإن كان ذلك قليلاً ما يحدث . انظر : ستارك بند ٢٥٢٥ ، ومن بين الأحكام القليلة التى طبقت أسلوب الغرامة الإجمالية لظفر حكم نقض فرنسى ١٩٣٢/٧/٥ (من ١٩٣٤-١-٢٣٧) .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦٧٤ ، ستارك بند ٢٥١٧ .

جوهرياً عن التعويض^(١) الذى لا يجوز أن يقضى به إلا عن الضرر المحقق وبقدر هذا الضرر لا يزيد عليه^(٢) .

غير أن نجاح هذا للنظام يقتضى - فى الواقع - عدم المغالاة فى التقدير وإلا أصبح البون شاسعاً بين المبلغ المتراكم والضرر الذى أصاب الدائن ، وعندئذ فإن تصفية الغرامة - حتى مع الأخذ فى الاعتبار لما بدا من المدين من عنت - سوف ينحسر عن تخفيض كبير فى قدرها . الأمر الذى يفقد هذا النظام هيئته وقدرته فى للتأثير على المدينين المماطلين^(٣) .

٣- الصفة الوقتية :

إن التقدير الذى يحدده القاضى للغرامة لا يكون نهائياً ، وإنما هو مجرد تقدير وقتى ، مصيره إلى إعادة النظر فيه . وعلى ذلك نص المادة ٢١٤ مدنى ، وهو أمر مفهوم . ذلك أن علة قيام هذا للحكم تنتفى متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه : إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف^(٤) .

ولعل هذه الخاصية بالذات هى أبرز خصائص الغرامة التهديدية ، والتى تجعل الحكم بها غير حائز لقوة الأمر المقضى ، ولا قابلاً

(١) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٤ سابق الإشارة إليها فى هامش/٢ من البلد/٢٨ .

(٢) فى هذا للمعنى : ستارك بند ٢٥٢٦ ؛ جوجار (دروس مازو) بند ٩٤٢ ؛ د. سمير تكاغو بند ٢٩٧ ؛ وانظر أيضاً :

KAYSER (p) : L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile .
R.T. 1953 pp. 209-246 .

(٣) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ٢٠ .

(٤) راجع الأعمال التحضيرية لنص/٢١٣ مشار إليها فى معروض عبدالنواب ص/٤٣٠ .

للتنفيذ^(١) . ويظل للحكم هذه الصفة الوقتية ما بقي موقف المدين معلقاً^(٢) .

أما في فرنسا فقد أصاب نظام الغرامة التهديدية - الذى لاقى من الهجوم أشده فى بداية نشأته - تطور كبير فى الوقت الحاضر^(٣) . حتى أن بعض المحاكم^(٤) - يؤيدها فى ذلك جانب من

(١) فى هذا المعنى : استئناف ديجون ١٩١٠/٤/٢٨ (د . ١٩١٢-٢-٣٦) ؛ استئناف لكس ١٩٣٧/٢/١٥ (د أ . ١٩٣٧-٢١١) ؛ وانظر - مع ذلك - فى جواز التنفيذ المؤقت للغرامة فى حالة الاستعجال : محكمة السين المدنية ١٩٤٧/٤/٢ (ج ب . ١٩٤٧-١-٢٢١) ؛ وفى ١٩٤٨/١١/٣٠ (ج ب ١٩٤٩-١-٥٢) ، وفى ١٩٥٠/٣/١٤ (ج ب ١٩٥٠-١-٢٨٣) . ويؤيد هذا الاتجاه الأخير ضمناً : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٥٠ .

(٢) وقد اتجهت بعض الأحكام فى فرنسا إلى التسليم للدائن بالحق فى أن يطلب تصفية جزئية ومؤقتة للغرامة عن المدة السابقة على الطلب ، حتى يمكن أن ينفذ بها على أموال المدين : انظر : محكمة تولوز المدنية ١٩٤٩/١٠/٢٥ (ر ت . ١٩٥٠ ص ٨٨ وملاحظة لييرو) ، محكمة السين المدنية ١٩٥٠/١/٢٩ (ر ت . ١٩٥٠ ص ٤٠٣ وملاحظة رينو) ؛ محكمة شربور المدنية ١٩٥٠/١٢/٤ (س . ١٩٥٣-٢-٩ وتعليق موريس) ، (ر ت . ١٩٥١ ص ٢٥٦ وملاحظة هنرى وليون مازو) ؛ محكمة باريس ١٩٨٤/١/٣١ (د . ١٩٨٤-٢٨٣ وتعليق لينتون) .

ويؤيد بعض الشراح هذا الاتجاه ، لأن فى تأخير التنفيذ الفعلي للغرامة حتى تصفيتها النهائية ما يضعف من تأثيرها على المدين . انظر مارتى ورينو بند ٦٧٨ .
(٣) راجع فى هذا التطور :

RASSAT (M .L) : Lastreinte définitive J .C .P 1967-1 doit - 2069 .

(٤) انظر . على الأخص ، استئناف باريس ١٩٦١/٢/١٦ (ج ب . ١٩٦١-٢-١٢٤٦ وتعليق بيير مازو) . (ر ت . ١٩٦١ ص ٥٠٢ وملاحظة تالك) ؛ واستئناف ريم ١٩٦٦/٧/٤ (ج ب . ١٩٦٦-٤-٤٩٧٤) ، وانظر أيضاً : نقض فرنسى ١٩٥٧/٣/١٩٥٧ (س . ١٩٥٧-٩٢) : نقض ١٩٥٩/١١/٤ (د . ١٩٥٩-٥٢٣) ؛ نقض ١٩٦٤/١/٣٠ (ج ب . ١٩٦٥-٢-١٤١٢٢ وتعليق بلاييفويه) .

الشرح (١) - لم نجد مانعاً من الحكم على المدين بغرامة نهائية *astreinte définitive* ، أى بمبلغ إجمالي يحدد بصفة نهائية . لا يقبل المراجعة ، ويستحق على المدين مستقلاً عن الحكم عليه بالتعويض لعدم تنفيذه لالتزامه أو لتأخره فى هذا التنفيذ . ومثل هذا التطور ، الذى لا يزال استثنائياً فى حقيقة الأمر ويلقى معارضة بعض الشراح (٢) ، يشوه فى الواقع طبيعة هذا النظام ويحيد به عن صفة التهديد فيه ، ليغدو معه أقرب إلى العقوبة الخاصة *La peine privée* الحقيقية . وهو بهذه الصفة الأخيرة لا يمكن الأخذ به فى مصر حيث لا نص يعطى للقاضى هذه السلطة . بل إنه يتعارض وما يفهم من المادة ٢١٤ مدنى من وجوب إعادة النظر فى الغرامة بعد أن يتحدد موقف المدين نهائياً .

مال الغرامة التهديدية (٣) :

٣٣- متى استبان موقف المدين نهائياً ، بأن قام بتنفيذ التزامه أو أصر نهائياً على التخلف ، استندت الغرامة الغرض منها أو بتعبير آخر ، انتفت علة قيام الحكم الصادر بها ، وأصبح من المتعين على للقاضى أن يعيد للنظر فى هذا الحكم ليفصل فى موضوع الخصومة نفسها : فإذا كان المدين قد أوفى بالتزامه

(١) انظر : مارتى وريو بند ٦٦٨ : جوجلار (دروس ملزو) بند ٩٤٥ .

(٢) انظر على الأخص :

MEURISSE : *L'astreinte non comminatoire* . G .P . 1948-2-doct-

11 .

(٣) راجع فى تفاصيل تصفية الغرامة ، مقال بوريه (١٩٦٦) سابق الإشارة .

حطّ عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به وألزمه بالتعويض عن التأخر لا أكثر . وإن أُمرَ للمدين على عناده نهائياً قدرُ القاضى التعويض الواجب للدائن عن الضرر الناشئ عن عدم التنفيذ . وهذا التقدير يشمل أساساً ما أصابه من خسارة وما فات عليه من كسب بحسبانهما عنصرى التعويض فى الأصل العام . .

ولو أن هذا وحده كان هو المآل النهائى للغرامة ، لفقدت كل تأثيرها تقريباً ^(١) ، طالما أن المدين يعرف منذ البداية أنه مهما كان مبلغ الغرامة المحكوم عليه به ، فإن ما سيدفعه فى النهاية هو ما يعادل تماماً ما أصاب الدائن من ضرر . وقد اتجهت بالفعل محكمة النقض الفرنسية - التى كان لها فضل خلق هذا النظام - هذه الوجهة لبعض الوقت ^(٢) . لكنها ما لبثت أن عدلت عن هذا الاتجاه ، وتركت لقضاة الموضوع سلطتهم التقديرية فى تصفية الغرامة غير متقيدين بقدر الضرر الذى

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٥٥١ ؛ فريجافيل مقال داللو سابق الإشارة ص ١ ؛ جوجرار (دروس مازو) بند ٩٤٥ ؛ مارتى وريغو بند ٦٧٩ (وإن كنا بقولان ، أن أخذ خطأ المدين فى الاعتبار عند تصفية الغرامة ، إن كان يزيد من فاعليتها حقيقة ، إلا أنه يشكك فى شرعيتها) .

وراجع ، على العكس ، فى وجوب تصفية الغرامة بقدر الضرر تماماً : جوسران بند ٥٩٧ ، بوريه المقال السابق ، وعلى الأخص ص ١٦١ عمود ٢ ، ص ١٦٢ عمود ١ . (٢) متأثرة بقانون صدر فى ٢١ يولييه ١٩٤٩ كان بوجوب تصفية الغرامة على هذا النحو فى مجال محدد (وهو مجال الأحكام بطرد المستأجرين فى خصوص إيجار الأماكن) . انظر : نقض فرنسا ١٩٥٠/١١/٣٠ (ج. ك. ب ١٩٥١-٢-٦٠٨٩ - وتعليق فريجافيل) ؛ نقض ١٩٥٣/٢/٢٧ (س ١٩٥٣-١-١٩٦١) .

أصاب للدائن (١) .

لما المشرع المصرى فكان منطقياً منذ البداية ، حين حرص فى المادة ٢١٤ مدنى على ضرورة أن يراعى القاضى ، عند تصفيته للغرامة وتحديد المبلغ الذى يستحق تهليلاً للدائن : للضرر الذى أصاب هذا الأخير بعنصره سابقى الإشارة (الخسارة اللاحقة والكسب الفائت) وكذلك « لعنت الذى بدا من المدين » أو بعبارة أكثر تفصيلاً ، أن يراعى « ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض » (٢) . لتلعب الغرامة بهذا الشكل دوراً جزائياً إلى جانب ما تكفله من تعويض للضرر (٣)(٤)(٥) .

(١) انظر نقض ١٩٥٩/١٠/٢٠ (د . ١٩٥٩-٥٣٧ وتعليق هوليو) ، نقض ١٩٦٠/١/٢٠ (ج . كريب ١٩٦٠-١١٤٨٣) .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية للنص المادة/٢١٤ مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص/٤٣٠ .

(٣) ويبقى فارق بين النص المصرى ، وما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من العدول سابق الإشارة ، فى أنها تترك لقضاة الموضوع سلطاتهم التقديرية فى كيفية تصفية الغرامة ، حين أن للنص المصرى يجعل تصفيته على النحو المشار إليه أمراً إلزامياً بالنسبة للقاضى .

(٤) وفى حكم حديث لها ، امتثلت محكمة باريس الابتدائية (الاستئنافية) أن يؤخذ فى الاعتبار عند تصفية للغرامة « جسامه خطأ للمدين . وفى تقدير هذه الجسامه يجب أن يوضع فى الحسبان سوء نية المدين وما أبداه من تعنت » . فى ١٩٨٤/١/٣١ (د . ١٩٨٤-٢٨٣ وتعليق ليندون) .

(٥) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٧١ د . جميل الشرقاوى بند ١٩ . وهو ما عبرت عنه أيضاً الأعمال التحضيرية بالقول بأنه « فى هذا النطاق (أى نطاق مواجهة الممانعة تعنتاً باعتبارها عنصراً أدبياً فى احتساب التعويض) يتمثل لب نظام الغرامة المالية ومقتل اللقوة فيه » مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص/٤٣٠ .

خاتمة الفصل الأول :

الاستثناءات

على مكنة الإجبار على تنفيذ الالتزام المدني^(١)

تحديد إطار الدراسة :

٣٤- ذكرنا أن الالتزام المدني ينشأ لينفذ ، وأن المدين إذا لم يشأ أن ينفذ هذا الالتزام طواعية أمكن للدائن جبره على تنفيذه .

غير أن ثمة حالات تعتبر استثنائية على هذا المبدأ ، فيها يكون للمدين - في الالتزامات التعاقدية - رخصة العدول عن تنفيذ التزامه العقدى أو عن إتمام هذا التنفيذ .

ونتخير مثالين لهذه الحالات الاستثنائية ، أحدهما من التطبيقات التقليدية فى العقود ، وهو : رخصة التحلل من العقد وإيقاف تنفيذه فى عقود المعاولة ، والآخر من التطبيقات الحديثة ، فيها وهو : رخصة الرجوع فى عقود الاستهلاك فى التجارة الالكترونية . ونعرض لهذين التطبيقين كل فى مبحث على حدة ، وذلك بالإيجاز الذى يقتضيه المقام حيث أنهما من الموضوعات التى تعرض فى دراسات متخصصة .

تقسيم :

من ثم نوزع الدراسة فى هذه الخاتمة الفصلية ، على مبحثين على النحو التالى :

(١) وقد خصصنا بالذكر « الالتزام المدني » كى نستبعد من الموضوع الالتزام الطبيعى ، الذى هو - بطبيعته نفسها - لا يقبل الجبر على تنفيذه ، وذلك كأصل لا كاستثناء .

المبحث الأول

رخصة التحلل من العقد وإيقاف تنفيذه في عقود المقاولة

(إنهاء المقاولة بإرادة رب العمل المنفردة) ^(١)

النصوص القانونية :

نظمت هذا الاستثناء المادة ٦٦٣ مدنى ، ويجرى نصها على النحو التالى :

« ١- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات ، وما أنجزه من العمل ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً . ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر .

مبرر الاستثناء :

٣٥- ويظهر من هذا النص أنه يشكل خروجاً على الأصل المقرر بالمادة ١/١٤٧ مدنى ، من عدم جواز نقض العقود أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين ، فقد خول لرب العمل رخصة التحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة وإيقاف تنفيذه في أى وقت قبل إتمامه ، بما لا يعد - معه - بإمكان

(١) لدراسة أوفى لهذا الاستثناء ، راجع على الأخص : محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ، طبعة ١٩٦٢ ، الصفحات من ١٨٨ إلى ١٩٨ البنود من ١٥٤ إلى

المقاول (كدائن) أن يصر على تنفيذ رب العمل لالتزامه عيناً ^(١) .

٣٦- ويبرر هذا الخروج الاستثنائي على مبدأ إمكان الجبر على تنفيذ الالتزام المندى عيناً ، طبيعة عقود المقاولات وبخاصة المتعلقة منها بإنشاء مبان ، حيث تفترض هذه العقود أن يستغرق تنفيذها فترة من الزمن غير قصيرة قد تطرأ خلالها ظروف شخصية ، أو تجد لرب العمل أسباب تدعوه إلى العدول عن تنفيذه العقد ^(٢) .

ضوابط استعمال رخصة الإنهاء :

٣٧- إنما لرب العمل أن يستعمل هذه الرخصة ويتخلل من العقد دون أن يكون ملزماً ببيان الأسباب والمبررات التي تدعوه لذلك ^(٣) ، ولا يصح أن ينظر لهذا الاستعمال ، فى أية حالة ، على أنه فى ذاته تعسف . بل ولا يجوز للقضاء نفسه مراقبة رب العمل فى هذا الاستعمال ^(٤) .

(١) وتفترض الرخصة محل البحث أن إنهاء المقولة يكون فى النطاق المحدد لها ، أو بعبارة أخرى فى النطاق المحدد أصلاً لالتزامات رب العمل . ذلك جاء فى حكم للنقض أنه : « متى قام الحكم بتحديد نطاق الالتزام فى عقد المقولة ، ورفض دعوى الطاعن (المهندس المعماري) فيما يجاوز هذا النطاق الذى استوفى عنه أجره كما استوفى زيادة عليه اجر تصميم وتنفيذ عمل آخر ، دون أن يقوم ببحث دفاع الطاعن بشأن تحلل المطعون ضدهما (رب العمل) من تنفيذ ما يجاوز حد الإلزام ، فإنه لا يكون قد خالف نص المادة ٦٦٣ مدينى أو شابه قصور فى التسبب » ، نقض ١٩٦٧/٥/١٦ طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق مجموعة المكتب الفنى من ١٨ ص ١٠٠٥ ، ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب المرجع السابق ، الجزء الثانى ص ١٣١٨ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ فى الطعن رقم ٩٧٧ لسنة ٤٧ق مشار إليه فى :

معوض عبدالنواب ، ص ١٣١٨ .

(٣) نبيلة رسلان عقد للمقولة ١٩٩١ ص ٢٦٨ .

(٤) لبيب شنب ، ص ١٩٧ بند ١٥٦ .

لكن ما تقدم ليس ينفي أنه إذا ما فرض وكان استعمال رب العمل لرخصة الإنهاء قد اقترن بخطأ من جانبه ، خطأ سبب للمقاول ضرراً مستقلاً عن الخسارة التي لحقت به وللكسب الذي فات عليه جراء عدم تنفيذ المقاولة ، فإن رب العمل يكون ملزماً إذ ذلك بتعويض ذلك الضرر طبقاً للقواعد العامة وفي حدوده . كأن يعلن رب العمل مثلاً بأية وسيلة من وسائل العلنية ، أنه يتم على إيقاف تنفيذ المقاولة وإنهائها لما تبين له من سوء أداء المقاول أو لما اتضح له من عدم خبرته ، فأمثال هذه الإعلانات التمهيدية تضر بسمعة المقاول وتوجب مسؤولية رب العمل للتقصيرية في مواجهته . ويوصل البعض هذه للمسؤولية على أساس من أنها جزاء على تعسف رب العمل في استعمال رخصة الإنهاء ^(١) وهو تأصيل منقذ ، لأن التعسف في استعمال الحق معايير (ثلاثة) محددة يصعب تصور لتطبيق أى منها على المثال المضروب .

من له رخصة إنهاء المقاولة بإرادته المنفردة ، ومبرر التحديد الحصري :

٣٨- والنص واضح في أن رخصة للتحلل من عقد المقاولة وإيقاف تنفيذه مقرر لرب العمل دون المقاول ، فلا يستطيع هذا استعمالها ، اللهم إلا إذا اتفق على ذلك مع رب العمل .

ولكن إذا عهد المقاول بالعمل إلى مقاول من اللباطن ، فإن المقاول الأصلي يعتبر رب عمل في علاقته بهذا الأخير ، وبالتالي يكون له الحق في إنهاء المقاولة من اللباطن بإرادته المنفردة ^(٢) .

(١) نبيلة رسلان ص ٢٦٧ .

(٢) شنب ص ١٩٠ بند ١٥٥ ، وعكس ذلك للفقهاء الفرنسيين المشار إليه فيه

هامش/١ .

وتنتقل هذه الرخصة — بداهة — إلى ورثة رب العمل . فإن كانوا متعددين « واستمر المفاوض في إنجاز العمل ثنائياً لحسابهم ، جاز لمن يملك أو لمن ينتظر أن يملك ، ثلاثة أرباع العمل ، أن ينهى للعقد ، على أساس أن ذلك يعتبر تصرفاً في نتيجة العمل ، فتملكه الأغلبية المتقدمة وفقاً للمادة ٨٣٢ من القانون المدني » (٢)(١) .

وإذا حول رب العمل حقوقه الناشئة عن المقاولة إلى الغير ، فإن المجال له (كخلف خاص) يستطيع أن يستعمل رخصة الإنهاء بإرادته المنفردة (٣) .

إنما لا يستطيع الدائنو رب العمل طلب إنهاء المقاولة بالنيابة عنه بطريق الدعوى غير للمباشرة ، فهذا الإنهاء رخصة لرب العمل كما قلنا ، ومن المقرر — في الدعوى غير المباشرة — أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل بها ، ما هو

(١) التي تقضى بأن « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا اختلفوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعطوا قراراتهم إلى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » . راجع في تفاصيل أحكام التصرف في المال الشائع ، مؤلفنا : موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري ، طبعة ، ١٩٩٨ للصفحات من ٣١٦ إلى ٣٢٧ البتود من ٥٠٩ إلى ٥٣٣ .

(٢) شنب ص ١٩٠ بند ١٥٥ . وانظر — في تأسيس هذا الحكم — على أساس من أن وقف الأعمال يتعلق بملكية رب العمل للأعمال محل للتنفيذ في عقد المقاولة ، ببيلة ص ٢٦٦ .

(٣) السنهوري ، الوسيط ، الجزء ٧ ص ٣٠٩ ، وانظر أيضاً : شنب ص ١٩٠ بند

مقرر للمدين من الرخص (١) .

٣٩- وقيل - في قصر للرخصة محل البحث على رب العمل وعدم امتدادها إلى المَقاول بدووه - أنه يجد تبريره في « طبيعة المصلحة المستهدفة في عقد المَقاولَة . فالمصلحة في إتمام العمل هي لرب العمل ، فإذا رأى أن مصلحته في عدم إتمامه جاز له للتخل من المَقاولَة على أن يعوض المَقاول . أما المَقاول فالأصل أنه لا مصلحة له في أن يتم العمل حتماً ، وإنما مصلحته في أن يتقاضى تعويضاً كاملاً إن لم يتم إنجاز هذا العمل » (٢) .

نطاق رخصة الإنهاء :

أ- نوعياً :

٤٠- إنما يظهر^١ بالمقابلة - من نص المادة ٦٦٣ ، أن الرخصة المقررة فيه مكفولة لرب العمل في جميع عقود المقاولات وذلك أيضاً كانت طبيعة العمل محل المَقاولَة (٢) ، وإن كنا نعيد القول بأن أبرز تطبيقات هذه الممارسة ، عملاً ، إنما تكون في عقود مقاولات الإنشاءات العقارية ، والبنائية منها على وجه الخصوص . كما أنها عامة في جميع عقود

(١) انظر لاحقاً ص ٨٨ وما بعدها ، بند ٩٢ وما بعده ، وفي هذا المعنى أيضاً انظر : لييب شنب ص ١٩٠ بند ١٥٥ .

(٢) نبيلة رسلان : ص ٢٦٣ ، وهي تضيف (ص ٢٦٣ ، ٢٦٤) - مستلهمة من حكم نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ سابق الإشارة - أنه : « وحتى إذا تبين أن للمَقاول مصلحة أدبية في إتمام العمل ، كان تكون المَقاولَة صلاً فنياً له قيمة فيؤدي للتخل من المَقاولَة إلى أن تتأثر سمعة المَقاول بهذا التخل ، فالتعاون يسمح بتعويضه طبقاً للقواعد العامة » .

(٣) في هذا المعنى أيضاً : نبيلة رسلان ، ص ٢٦٨ .

المقاولات الإنشائية هذه لياً كانت الطريقة المتبعة فى تحديد الأجر فيها ، أى سواء تمت المقاوله بطريقه الأجر الإجمالى ، أو بطريقه الأجر المقدر بمقايسه بمسعر الوحده ^(١) .

ب- زمانياً :

٤٩- ويتعين على رب العمل ، إن شاء استعمال هذه الرخصة ، أن يظهر إرادته واضحه فى هذا المعنى قبل إتمام الأعمال محل المقاوله ، وعلى ذلك صريح المادة ٦٦٣ . وهو قيد (زمنى) مفهوم فى الحقيقه ، فمبرر الرخصة ، السابق بيانه ، يقتضيه . أما بعد تمام العمل فلا يعد من مبرر لاستعمال تلك الرخصة . ويعبر البعض عن ذلك بالقول بأنه ، بعد تمام

(١) وإن كانت المقاولات المبرمه بمقتضى مقايسه على أساس الوحده قد خص المشرع إنهاءها ، قبل إتمامها ، بأحكام خاصة ، تولىه فرضاً خاصاً (هو أن يتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسه المقدرة مجاوزة محسوسة) . ونكتفى بإثبات نص المادة المنظمة لهذه الأحكام الخاصة (محيلين فى تفاصيل شرح هذه الأحكام للدراسات المتخصصة ، انظر فى ذلك ، محمد لبيب شنب ، ص ١٩٦ وما بعدها بند ١٥٩) :

فقتص المادة ٦٥٧ على أنه : « (١) إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسه على أساس الوحده وتبين فى أثناء العمل أن من الضرورى لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسه المقدرة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر فى الحال رب العمل بذلك مبيهاً مقدار ما يتوقعه من زيادة فى الثمن ، فإن لم يفعل سقط حقه فى استرداد ما جاوز به قيمة المقايسه من نفقات . (٢) فإذا كانت المجاوزة التى يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف للتنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء ، مع إيفاء المقاول قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل » .

العمل ، فإن الحق في التحلل من العقد يسقط ^(١)، وهو تعبير محل نظر ، لأن سقوط الحق يكون حال وجوده ، وجزاء على مسلك ما من صاحب هذا الحق . أما هنا فرخصة الإنهاء مقيدة بفترة زمنية حددها النهائي إتمام الأعمال . فإذا أدركها هذا الحد للنهائي انتهى وجودها هي نفسها بانتهائه ولم تعد قائمة حتى تسقط .

إنما ، طالما أن العمل محل للمقاولة لم يكن ، بعد ، قد تم ، فإن رب العمل يستطيع استعمال رخصة وقفه والتحلل من العقد « أيأ كانت المراحل التي قطعها المقاول في سبيل التنفيذ ، بل ولو كان لم يبدأ هذا التنفيذ بعد » ^(٢) .

٤٢- والقواعد السابقة يتعين إعمالها أيضاً « على التعاقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري ، باعتباره من عقود المقاولة » ^(٣) .
والرخصة محل للبحث لا علاقة لها بخطأ المقاول في تنفيذ المقاولة .
صحيح أن هذا الخطأ يمكن - بدوره - أن يكون منشأ سبب يتيح لرب العمل فرصة التحلل من عقد المقاولة بطلب فسخه . لكن يظل مع ذلك أساس الفكرتين (التحلل من المقاولة بناء على رغبة رب العمل في عدم المضي

(١) نبيلة ص ٢٦٥ .

(٢) ليبب شنب ص ١٩١ بند ١٥٦ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليه فيه هامش

٣ ، وانظر أيضاً : نبيلة ص ٢٦٥ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ ملعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ ق مجموعة المكتب الفني

س ١٨ ص ١٠٠٥ ، وانظر في طبيعة العقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري ، مؤلفنا : مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، طبعة ١٩٨٥ الصفحات من ١٨ إلى ٢٣ لينود من ٤ إلى ٨ .

فى تنفيذها ، والتحلل منها بفسخها جراء خطأ المقاول فى التنفيذ) ، ومبرر كل منهما ، والآثار المترتبة عليهما ، مختلفة تمام الاختلاف ، بما لا يتسع المقام لتفصيله .

طريقة استعمال رخصة الإنهاء :

٤٣- والمادة ٦٦٣ لا تلزم بأن يكون استعمال الرخصة المقررة بها فى شكل محدد ، ومن ثم فإن لرب العمل أن يختار ما يراه فى هذا الشأن ، فله أن يخطر المقاول بإنهاء المقاولة بكتاب ولو عادى أو حتى بمجرد إخطار شفوى ، وعليه - فى كل الأحوال - إثبات حصول هذا الإخطار .
التعويضات التى يستتبعها إعمال رب العمل لرخصة الإنهاء :

٤٤- ووفقاً لنص المادة ٦٦٣ ، يكون استعمال رب العمل لهذه الرخصة فى مقابل « أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ^(١) . هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، لئن كان للنص المشار إليه لم يعرض صراحة لحق المقاول فى مطالبة رب العمل بتعويضه أدبياً عن تحلله بإرادته المنفردة من عقد المقاولة ، إلا أنه لم يحرمه من هذا الحق الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى . ومن ثم يحق للمقاول أن يطالب رب العمل الذى تحلل بإرادته المنفردة من عقد المقاولة بتعويض عما أصابه من ضرر أدبى إذا تبين له أن ثمة مصلحة أدبية كانت تعود عليه فيما لو أتيحت له فرصة إتمام أعمال المقاولة » .

(١) انظر من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ سابق الإشارة إليه .

٤٥- وطبقاً للفقرة ٢ من المادة ٦٦٣ - « يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات للمقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً .

ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته فى أمر آخر ^(١) .

التعديل الاتفاقى لأحكام رخصة الإنهاء :

٤٦- والأحكام السابقة جميعاً هى مجرد أحكام مقررة ، وبالتالي يجوز للطرفين (رب العمل والمقاول) الاتفاق على خلافها . وتطبيقاً لذلك ، جاء فى حكم للنقض أن : « الأصل فى عقد المقاولة أنه عقد لازم وأنه طبقاً لنص المادة ٦٦٣ من القانون للمنتى يجب على رب العمل إذا تحلل من العقد وأوقف التنفيذ قبل إتمامه أن يعرض المقاول ، ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل المقرر لمصلحة المتعاقدين باتفاقهما على حق رب العمل فى التحلل من تنفيذ العقد كله أو بعضه دون دفع تعويض للمقاول أو باتفاقهما على تحديد نطاق الإلزام فى جزء من العمل أخرج للجزء الباقى عن نطاق الإلزام بالتنفيذ أو بطريق التعويض .. » ^{(٢)(٣)} .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ فى الطعن رقم ٣٤ لسنة ٤٧ ، مجموعة المكب القنى ص ٣٠ ، وفيه أضافت للمحكمة « عتق جواز التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة للنقض » .

(٢) نقض ١٩٦٧/٥/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) راجع فى تفاصيل هذه النتائج : لبيب شنب ص ١٩٣ وما بعدها بنـد ١٥٧ ، نبيلة رسلان ص ٢٦٩ وما بعدها ، بنـد ١٥٦ .

المبحث الثانى

رخصة الرجوع^(١) فى عقود الاستهلاك

(فى التجارة الالكترونية)

٤٧- تلعل هذه الوسيلة هى - بحق - أبرز تطبيقات الاستثناءات على مبدأ مكنة الإلجار على تنفيذ الالتزام المدنى إذا لم يشأ المكنين به أن ينفذه طواعية ، وأكثر الخطوات التى خطاها المشرع الفرنسى جرأة ، على الإطلاق ، فى مسيرة حماية المستهلك^(٢)(٣) فى مجال التجارة الالكترونية^(٤)

(١) لدراسة أوفى لهذه الرخصة راجع :

PAISANT (Gilles) : La loi du 6 janv, 1978 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat J .C .P 1988- doct-3350 No: 5-20 .

والمراجع المشار إليها فى الهوامش المتعلقة بهذه البنود .

(٢) راجع - فى المقصود بالمستهلك ، محمد شكرى سرور ، التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك - بحث مقدم لمؤتمر « الجولتب للقانونية والأمنية للعمليات الالكترونية » دى ، أكاديمية الشرطة (٢٨/٢٦ ابريل ٢٠٠٣) ، منشور فى بحوث المؤتمر (محور المعاملات المدنية) للكتب / ٢ ، الصفحات من ١٠٥-١١٣ البنود ٧-١٣ .

(٣) وقد عرف المشرع المصرى ، المستهلك ، فى المادة ١ من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بأنه : « كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص » . كما عرف المنتجات بأنها : « السلع والخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص ، وتشمل السلع المستعملة التى يتم للتعاقد عليها من خلال مورد » .

(٤) راجع - فى المقصود بالتجارة الالكترونية ، بحثا سابق الإشارة إليه ، الصفحات من ١٠١-١٠٥ للبنود من ٦-١ .

ويعرف البعض ما أسماه عقد الاستهلاك الالكترونى بأنه : « العقد الذى يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام للتبادل الالكترونى للبيانات ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية » . خالد ممدوح إبراهيم : حماية المستهلك فى المعاملات الالكترونية - دراسة مقارنة ، ٢٠٠٧ ص ٢٧١ .

كون هذه الرخصة تضرب في مبدأ راسخ يعد من قبيل الثابت هو مبدأ القوة الملزمة للعقد . بل لعلها أكثر وسائل حماية المستهلك لملاءمة لخصوصيات نظام التجارة الالكترونية على وجه التحديد من حيث ينعدم التواصل المباشر كلية تقريباً بين المهني والمستهلك ، هذا الأخير الذي تعميه إغراءات الدعاية والإعلان بالمواقع الالكترونية والتسهيلات التي تمنحها السوق الالكترونية للمستهلك فيندفع إلى الاستجابة لهذه الإغراءات لا يكلفه الإقدام على التعاقد سوى برهة هي برهة التفكر على الموقع الإلكتروني وإدخال بيانات بطاقة الائتمان . فحق له ، والحال كذلك ، أن تتاح له فرصة لتصحيح وضعه والرجوع فيما أقدم عليه ، دون أن يكون ملزماً بتبرير هذا الرجوع (فظروف التعاقد نفسها فيها المبرر الكافي) ودون أن يكون عليه دفع تعويض عن ذلك للرجوع ، قد يكون حجمه (أى ذلك التعويض) سبباً في إثراء المستهلك عن الإقادة منه ، وأن تكون هذه الرخصة مكفولة للمستهلك بنص أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته حتى لا يسقط في برائن سطوة المهنيين ^(١) .

٤٨- هذا وليس يهم كثيراً في حقيقة الأمر تحديد اللفظ الذي يكون من المناسب استخدامه للتعبير عن هذه الوسيلة ، وما إذا كان هو رخصة « الرجوع » أو « العدول » أو « التنازل » أو « إعادة النظر » أو « الإلغاء » أو « النقص » أو « السحب » أو حتى « الحق في الندم » Droit de repentir ^(٢) ، وإنما المهم هو الوسيلة ذاتها وكيف أن من شأنها

(١) «يزان (ج) بند / ١٦ .

(٢) راجع في هذه الاستخدامات والتطبيق عليها ، محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة « مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون » ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ ص/٩٧ وما بعدها ، والفقه المشار إليه فيه هامش / ١٥٣ .

إعادة التوازن مرة أخرى إلى ما اختل بسبب الطيش والتسرع من جانب أحد المتعاقدين الذى ، هنا ، هو المستهلك .

٤٩- هذه الوسيلة تقرر فى فرنسا ، لأول مرة ، بقانون ١٢ يولييه ١٩٧١ فى شأن التعليم بالمراسلة ، إذ أتاح هذا القانون لأغلب الدراسة رخصة الرجوع فى تعاقد مع المؤسسة التعليمية ، مقدمة كخضمة ، وذلك خلال الشهور الثلاثة من تاريخ بدء تنفيذ العقد . ولكون المدارس يكون - عادة - قد سبق له أن تسلم وسائل التعليم ، فإنه يلتزم ، فى مقابل رجوعه ، بتعويض المؤسسة وذلك فى حدود ٣٠% على الأكثر من تكلفة التعليم فى الصفقة التى أبرمها .

ثم أعقب هذا القانون قانون ٣ يناير ١٩٧٢ فى شأن الترويج المالى Demarche financier فأتاح للمكتب/المدخر مهلة ١٥ يوماً على الأقل ، من تاريخ الاكتتاب ، يمكنه خلالها إلغاء التعاقد . وكانت خطوة هذا القانون فى حماية المستهلك أوسع من سابقه ، إذ جعل هذا الحق فى الإلغاء من دون تعويض .

بعد ذلك توالى القوانين فى هذا الاتجاه ، فصدر - مثلاً - قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٢ فى شأن الترويج بالموطن Demarchage à domicile (أى الترويج لدى المستهلك) ونصت المادة ٣ منه على أن : « للعميل - فى السبعة الأيام من الطلب أو من التعهد بالشراء ، رخصة التنازل عنه بموجب خطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول » ، وكل تعطيل لهذا الحق يكون باطلاً (١) .

(١) لمزيد من التفاصيل فى رخصة الرجوع وتطويرها ، راجع :

MALINVAUD (Ph) La protection de consommateurs D 1981-
chro - 49 .

والمراجع المشار إليها فيه فى هامش ٣٠ .

٥٠- ورغم أن رخصة الرجوع أو العول هذه بدأت تلاقى الشك والحذر من جانب بعض الشراح كونها ، عندهم ، تهدد بشكل مباشر مبدأ القوة الملزمة للعقد فإن ذلك لم يثن المشرع الفرنسي من الاستمرار فيها فأصدر قانون ١٠ يناير ١٩٧٨ للشهير ، فى شأن القرض الاستهلاكي (Crédit à consommation أو القرض بغرض الاستهلاك) ، ومنح المقرض سلطة تقدير أن يسحب العرض بالاقتراض السابق له تقديمه وذلك خلال مهلة ٧ أيام ، دون أن يكون عليه تبرير هذا الإجراء ودون أن يكون ملتزماً ببغ أى تعويض .

٥١- أما التطبيق التشريعي لهذه الرخصة فى خصوص أقرب العمليات إلى التجارة الإلكترونية فقد أتى به قانون ٦ يناير ١٩٨٨ (رقم ٢١-٨٨) فى شأن عمليات التبليغ عن بُعد والتبليغ عبر شاشة التليفزيون Vente à distance et le télé-achat وقد نصت المادة الأولى منه على أن : « فى جميع عمليات التبليغ عن بعد ، يتمتع المشتري بمهلة سبعة أيام كاملة تحسب من يوم تسلمه طلبيته ، ليعيد المنتج للبائع ، إما لتبديله بأخر أو لإرجاعه (واسترداد الثمن) دون ما جزاء عليه سوى مصاريف (أو تكلفة) الإعادة »^(١) .

٥٢- وينظر البعض لهذه الرخصة على أنها تشكل إهداراً للقوة الملزمة للعقد^(٢)، فيما لا يرى فيها البعض الآخر ذلك ويرى أن « الأدق »

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن : راجع : خالد مدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، الصفحات من ٢٦٦ إلى ٢٨٥ .

(٢) أشار لذلك : -

القول بأن « التوقيع (يقصد توقيع المستهلك) لا يكفي لإبرام العقد لأنه معطى من مستهلك لا يزال رضاه جدياً (أى لم يكتمل التكوين بعد) ، وإن يعتبر العقد قد أبرم إلا بالقضاء مهلة التفكير لأنه إذ ذاك يكون رضاه المستهلك قد أصبح ، أو على الأقل يفترض فيه أنه قد أصبح ، متسوراً ، وبالتالي فإن رخصة الرجوع لا تشكل خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد كونها عندما تستعمل لا يكون العقد ، بعد ، قد أبرم » ^(١) . لكنه يؤكد في ذات الوقت أن مهلة التفكير ومن ثم الحق في الرجوع لا يتمتع بهما المستهلك إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون ، بل ولا يفضل جعل هذه الرخصة مبدأ عاماً يقرره القانون لكل العقود فيما بين المهنيين والمستهلكين ، لأنها عندئذ ستكون عبئاً على إبرام العقود من دون فائدة . والأولى ، عنده ، قصر منحها على « الحالات التي يكون فيها اختيار المستهلك الحر غرضه ، بشكل خاص ، للخطر » ^(٢) .

٥٣- واستمساكاً بالتقاليد على ما يبدو لم يتجاسر المشرع المصري على أن يتخذ نفس الخطوة التي اتخذها نظيره الفرنسي ، احتراماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد . ولعله أخذها في المستقبل القريب حين يتسع نطاق السوق الالكترونية في مصر وتفرض آليات التجارة الحديثة كلمتها ويجبر منطق التطور على تطويع التوالب التقليدية العجوز .

= CALAIS - AULOY (Jean) : L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats Rev . trim . Dr . civ 1994 p . 224 .

ومن نفس الرأي : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ .

(١) كاليه - أولوى ص/٢٤٤ . وراجع في عموم هذا الخلاف : بيزان البنود من

١٨-٢٠ والمراجع المشار إليها في الهوامش المتعلقة بهذه البنود .

(٢) كاليه - أولوى ص/٢٤٤ .

فقط يدعو للدهشة أنه كانت أمامه ، على العكس من المشرع الفرنسي ، الفرصة سانحة لأن يكون هو الرائد في تقرير هذه الوسيلة وبين يديه منبع أصيل كان بإمكانه أن يهمل منه ^(١) . وهو نظرية الخيار بوجه عام في الفقه الإسلامي ^(٢) . ومن الخيارات خيار الرؤية ، المقرر في الفقه الحنفي (استناداً إلى الحديث الشريف : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وأحكامه ^(٣) قريبة الشبه كثيراً من رخص الرجوع التي قررها المشرع الفرنسي في شأن بعض العقود ، وتتوافق بشدة مع فرض التبابع الإلكتروني .

بل وكانت أمامه نظرية متكاملة أرسنها الشريعة للخراء وهي نظرية العقد غير اللازم ، أي العقد الذي يقبل ، بالاتفاق أو بطبيعته نفسها أو بحكم شرعي ، الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقف على

(١) ولعل المشرع الفرنسي نهل منه .

(٢) بحسبان المقصود به (أي بالخيار) ، في هذا الفقه ، أن يكون لأحد المتعاقدين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه ، وأنه شرع ليكون وسيلة إلى كمال الرضاء والتأكد من سلامته وابتلائه على أساس صحيح ، بما يظهر منه اختلاف مفهوم الفسخ في الفقه الإسلامي عن مفهومه في القوانين الوضعية كإحلال جزائي للعقد لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته .

انظر : محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ١٩٥٢ ص/٤٩٦ وما بعدها .

(٣) راجع في أحكام خيار الرؤية في الفقه الحنفي ، السنهوري ، الوسيط ، ج/٤ (العقود التي ترد على الملكية ، المجلد/١) البيع والمقايضة طبعة ١٩٨٦ ص/١٥٤ وما بعدها ، بند ٦٣ ، وفي فقه المذاهب الأخرى ، نفس المرجع ص١٥٧ وما بعدها ، بند ٦٤ .

رضاء المتعاقد الآخر ^(١) .

إنما يمكن القول — مع ذلك — بأن المشرع للمصري لتتخذ مسؤلاً ،
وبحذر ، خطوة في اتجاه تقرير رخصة الرجوع وإن لم تكن كذلك تماماً .

فهر — في قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ — لم يقر أحقية
المستهلك في الرجوع في العقد كما هو الحال في القانون الفرنسي ، وإنما
اكتفى بتقرير لحقيقته في مجرد إرجاع المنتجات أو استبدالها وذلك خلال مدة
محددة ، في حالات معينة ومحددة على سبيل الحصر ^(٢) . « والتي هي في
حقيقتها تطبق للقواعد العامة في القانون المدني من أن البائع ملتزم بضمان
العيوب الخفية » ^(٣) . وهذه الحالات هي :

١- حالة وجود عيب في السلعة .

٢- وحالة ما إذا كانت السلعة غير مطابقة للمواصفات .

٣- وحالة ما إذا كانت السلعة غير مطابقة للغرض الذي تم التعاقد عليها
من أجله .

وأجاز المشرع للمستهلك أن يمارس الحق في إرجاع السلعة ، بإحدى
طريقتين : إما أن يطلب أن يستبدل بالسلعة سلعة أخرى . أو أن يعيدها مع

(١) إبراهيم للسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم (دراسة معمقة في التشريعية
الإسلامية والقوانين الوضعية) مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤ .

(٢) ومن ثم ، فمع هذا القانون الوضع في مصر مختلف عن الوضع في فرنسا ،
حيث لا يوجد هناك أي شرط أو قيد لإرجاع المنتج والمعدل عن العقد « إذ يحق
للمستهلك إرجاع المنتج بدون إيداع أي أسباب طالما كان ذلك خلال الفترة المحددة
قانوناً » . خالد مدوح إبراهيم ص/ ٢٧٥ .

(٣) خالد مدوح إبراهيم ، ص/ ٢٧٥ .

استرداد قيمتها دون أية تكلفة إضافية ^(١) .

فنصت للمادة ٨/ من هذا القانون على أنه :

« مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك ، وفيما لم يحدده الجهاز (جهاز حماية المستهلك) ^(٢) من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة ، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها ، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله ، ويلتزم المورد فى هذه الأحوال - بناءً على طلب المستهلك - بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية .

وفى جميع الأحوال تكون مسئولية الموردين فى هذا الخصوص مسئولية تضامنية .

وفى حالة وجود خلاف حول وجود عيب بالسلعة أو مطابقتها للمواصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً فى شأنه .

وبالنسبة لعقود تقديم للخدمات نصت المادة/٩ من ذات القانون على أن:

« يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو معادل ما يجبر للنقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك ، وذلك فى حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف التجارى ، ويحال أى خلاف

(١) فلا يجوز - مثلاً - للبائع أن يخصم من المستهلك « مصاريف الشحن والنقل أو ما يكون سدده من أقساط تأمين على السلعة » . خالد إبراهيم ص/ ٢٧٦ .

(٢) المنشأ بموجب قانون حماية المستهلك المشار إليه .

حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً في شأنه .

ولإحكام حماية المستهلك ، نصت المادة /١٠ على أن « يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أى من التزاماته الواردة بهذا القانون » .

٥٤- وعقود الاستهلاك المضمنة رخصة الرجوع لا تعتبر - في الرأى الذى ينظر لهذه الرخصة بحسبانها نقضاً لعقد تم إبرامه بالفعل - مجرد وعود بالتعاقد تنقلب إلى تعاقدت نهائية بانتهاء مهلة الرجوع وعدم استعمال هذه الرخصة . وأسباب ذلك عندهم كثيرة وإن كان المقام لا يتسع لعرضها (١) .

كما لا تعتبر هذه العقود من قبيل ما يسمى فى القانون الكويتى بالعقد الابتدائى المنظم بالمادة ٧٠ من التقنين المدنى ، وهو ما يظهر بسهولة من استعراض نص هذه المادة الذى يجرى على النحو التالى : « ١- إذا كان من مقتضى العقد أن يُبرم مرة ثانية ، أو فى صورة أخرى ، وجب على كل من طرفيه إبرامه فى وضعه النهائى ، وذلك فى الميعاد الذى يحدده العقد الابتدائى ، وإلا ففى مدة معقولة . ٢- ويبرم العقد النهائى بنفس شروط العقد الابتدائى ما لم يتفق على إجراء تعديل فيها ، أو كان هذا التعديل مما يستوجب طبيعة المعاملة أو ظروف الحال » .

وليس دقيقاً أيضاً تقريب هذا العقد من فكرة البيع بشرط التجربة كما حاول البعض (٢) وللقول ، من ثم ، بأن المهلة للقانونية المحددة للرجوع هي

(١) انظر فى ذلك / محمد السعيد رشدى ، السابق ص/ ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) أشار لذلك ، محمد السعيد رشدى ص/ ١٢٤ .

مدة تجربة يكون فيها للعقد معلقاً على شرط واقف هو نجاح التجربة وقبول المستهلك للمبيع وإلا فإن فشلت التجربة ورفض المستهلك المبيع اعتبر البيع وكأنه لم ينعقد منذ البداية . ليس دقيقاً هذا التقريب لأسباب عديدة لا يسع المقام لعرضها أيضاً ^(١) .

٥٥- ولكون رخصة الرجوع في معظم تطبيقاتها التشريعية سابقة الإشارة ، هي رخصة مكفولة للمستهلك ، وله وحده ، وبدون مقابل يدفع مقدماً أو حتى خصماً من الثمن المدفوع ، ولكونها مقررّة للمستهلك بنصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولكون هذه النصوص في مجملها تحظر على المهني تلقى أى أموال تحت أى شكل وبأى مسمى فى مقابل الحق فى الرجوع ، فإن عقود الاستهلاك المتضمنة رخصة الرجوع تكون بعيدة أيضاً عن نظام التعاقد بالعربون المعروف فى القواعد العامة ^(٢) .

(١) راجع ، محمد السعيد رشدى ، الموضع السابق .

(٢) محمد السعيد رشدى ص/١٢٧ وما بعدها .

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

المقصود به ، ونوعاً التعويض ، وشروط استحقاقه :

٥٦- التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض ، هو البديل عن التنفيذ العيني للالتزام في الحالات التي لا يمكن فيها الحكم بهذا النوع الأخير من التنفيذ لأي من الأسباب السابق دراستها والتي يمكن إجمالها فيما يلي :

١- إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام بخطأ المدين .

٢- إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين ولم يكن في العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل ضرر جسيم يلحق بالدائن .

٣- إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا تم من جانب المدين شخصياً ، واستند الدائن طريق الغرامة التهديدية لإكراهه على التنفيذ دون جدوى .

٤- إذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - على إمكانه - ولم يعرضه عليه المدين .

٥٧- ونكرر بأن التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل وما التنفيذ بمقابل - كما يدل على ذلك تسميته ، إلا بديلاً عنه ^(١) . ويكون عادة مبلغاً من النقود يفتح به الدائن عوضاً عن التنفيذ العيني .

(١) انظر نقض ١٩٥٥/٤/١٤ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق سابق الإشارة إليه .
ونقض ١٩٧٩/٦/٢٠ طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ق مشار إليه في معروض عبدالقواب
ص/٤٣٣ .

٥٨- والتعويض نوعان : تعويض عن عدم التنفيذ ، وهو يحل محل التنفيذ العيني ومن ثم لا يجتمع معه (٢٨١). وتعويض عن التأخر في التنفيذ يجتمع مع التنفيذ العيني ، ويقصد به تعويض للدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة تأخر المدين في التنفيذ ، إذ قد يلحق هذا التأخير بالدائن ضرراً نهائياً لا يرفعه التنفيذ العيني الذي يعقبه . بل ويجتمع التعويض عن عدم التنفيذ مع التعويض عن التأخر في الوفاء بذلك التعويض . وفي هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة النقض أن « طلب التعويض عن إخلال للمتعاقد بالتزامه لا يمنع من طلب الفوائد القانونية عن هذا التعويض للتأخر في الوفاء به ، وذلك لاختلاف أساس كل منهما » (٣) .

٥٩- وشروط استحقاق التعويض هي في الواقع شروط قيام المسؤولية المدنية ، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وليس هنا محل دراسة هذه العناصر . غير أن هناك شرطاً إضافياً وهو ضرورة وضع المدين موضع المقصر في تنفيذ التزامه وذلك بإعذاره .

(١) في هذا المعنى نقض مصري ١٩٦٧/١٢/١٤ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٨٥ ص ١٨٧٨ .

(٢) وتطبيقاً لذلك ، جاء في حكم للنقض أنه : « لا يجوز إلزام الحائز سيء النية بالتعويض إلا عن الثمار التي يمتنع عن ردّها للمالك . أما ما يردّه منها فلا يستحق المالك منه تعويضاً . ذلك بأن التعويض المالي هو عوض عن التنفيذ العيني ولا يجوز الجمع بين الشيء وعوضه .. » نقض ١٩٦٧/١٢/١٤ مجموعة أحكام النقض (المكتب الفلي) س ١٨ ص ١٨٢٨ ؛ نقض ١٩٦٥/١١/١١ ، نفس المجموعة س ١٦ ص ١٠٤٣ ، ومشار إليهما أيضاً في : معوض عبداللّوالب ص ٤٣٢ .

(٣) نقض ١٩٧٩/٤/١٦ المجموعة ٣٠-٢٠٧-١١٨ .

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين . تعرض في أولهما لشرط
الإعذار . لنخصص الثاني لكيفية تقدير التعويض .

المبحث الأول

الإعذار

La mise en demeure

مطناه :

٤٠- الإعذار هو تسجيل التأخير على المدين ^(١) . أو بعبارة أخرى
هو وضع المدين موضع المقصر ^(٢) في تنفيذ التزامه وذلك بتسجيل التأخير
عليه ^(٣) . لأن حلول أجل الالتزام في ذاته وعدم مسارعة المدين إلى تنفيذه لا
يعد كافياً لاعتباره مقصراً من الوجهة القانونية وذلك لمطنة التسامح معه من
جانب الدائن . فالتأخير الذي يعتد به المشرع ليس هو التأخير الفعلي ، وإنما
التأخير القانوني ، وهو للحالة القانونية التي يوجد فيها المدين غير منفذ
لالتزامه من لحظة إعذاره .

(١) انظر : نقض ١١/١٢/١٩٦٥ ، لمجموعة ص ١٦ ص ١٠٢٨ .

(٢) في هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مشار إليه في معوض عبدالتواب
ص/٤٤٤ .

(٣) أو ، كما تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢١٨ هو : « دعوة توجه إلى
المدين ، يقصد منها إنذاره بوجوب الوفاء » ، مشار إليها في معوض عبدالتواب
ص/٤٤٢ .

كيف يتم الاعذار :

٦١- ويتم اعذار المدين وفقاً للمادة ٢١٩ مدنى إما بإذاره أو بما يقوم مقام الإذار^(١) . والإذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلنها الدائن لمدينه ، ويدعوه فيها إلى تنفيذ التزامه ، الأمر الذى تنتفى معه بعد ذلك مظنة التسامح فى التأخير .

أما ما يقوم مقام الإذار فيقصد به الأوراق الرسمية التى تتطوى على معنى الاعذار . كصحيفة الدعوى^(٢) ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة ، والتنبيه بالوفاء السابق على إجراء الحجز^(٣) .

وفيما عدا الإذار وما يقوم مقامه من أوراق رسمية لا تكفى الأوراق الأخرى غير الرسمية حتى ولو كانت خطاباً مسجلاً مصحوباً بعلم الوصول .

٦٢- غير أنه لما كان من الجائز أن يصير الاتفاق بين الدائن والمدين

(١) « ولا يلزم فوق ذلك تهديد الدائن ، للمدين ، بالفسخ والتعويض » ، نقض ١٩٦٥/١١/١٢ المجموعة س ١٦ ص ١٠٢٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٤٤ .

(٢) وحيث يتعين أن تتطوى الورقة الرسمية (كصحيفة الدعوى) على معنى الإعذار ، أى على معنى أن يبين فيها الدائن أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، فقد قضى بأنه : « ومن ثم فلا يعد إذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لإخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام » . نقض ١٩٧٩/١/٢٥ فى الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ فى مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص/٤٤٤ .

(٣) وبوتستو عدم الدفع يعتبر إنذاراً ، انظر فى ذلك : نقض ١٩٦٥/١١/١٢ سابق الإشارة إليه .

على إعفاء الأول من ولجب الاعذار كلية ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على تخفيف وسيلة الاعذار . كأن يكفى مثلاً بورثة عرفية كخطاب مسجل . كما يلاحظ من ناحية أخرى أن اشتراط القانون للورقة الرسمية فى الاعذار إنما ينصرف إلى المسائل المدنية . أمام المسائل التجارية ، فقد كان من المسلم به أنه تكفى فيها الورقة غير الرسمية بل ومجرد الإخطار الشفوى إذا جرى العرف على ذلك . ثم صدر قانون التجارة الجديد (رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) ، فكرر - إلى حد ما - هذا الاتجاه تشريعياً ، حين نصت المادة ٥٨ منه على أن : « يكون إعدار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإذذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز فى أحوال الاستعجال أن يكون الإعدار أو الإخطار ببرقية أو توكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة » .

الحالات التى لا ضرورة فيها للإعدار :

غير أن المبرر من الإعدار يقتضى القول بعدم ضرورة هذا الإجراء فى الحالات الآتية :

١- الاستغناء عن الإعدار اتفاقاً :

٢٢- فلما كان الإعدار نظاماً مقررراً لمصلحة المدين ، أو بعبارة أخرى لا يتعلق استلزامه بالنظام العام ، جاز للدائن أن يتفق مع مدينه على إعفائه منه ، ليصبح المدين معذراً ، فى هذه الحالة ، بقوة القانون فور حلول أجل الالتزام . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢١٩ مدنى بأن الاعذار « يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل

دون حاجة إلى أى إجراء آخر ^(١). ومثل هذا الاتفاق يمكن أيضاً أن يكون ضمناً يستخلصه القاضى من ظروف التعاقد ^(٢). على أنه يجب أن تكون دلالة الظروف واضحة فى معنى اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الإعفاء من هذا الإجراء ، أو بعبارة أخرى واضحة فى معنى تـكـاـزـل المـدـين عـن حقه فيه ^(٣). ومن ثم فإن هذا الإعفاء الضمنى لا يجوز أن يستخلص مثلاً من مجرد تضمين العقد شرطاً جزائياً ^(٤)، أو شرطاً بوجوب الوفاء بالدين فى موطن الدائن ^(٥). لكننا نعتقد - وخلافاً لما يراه

(١) ويلاحظ أن هذا النص ، بهذا الحكم ، يكون « قد تضمن وسائل أوسع نطاقاً من » نص المادة ٥٨ من قانون التجارة سابق الإشارة إليه مادام أنه « يسمح بالاتفاق على أن يكون المدين معترفاً بمجرد حلول أجل الدين ». بيد أن عدم ورود هذا الحكم فى النص التجارى « لا يمنع من العمل به » فى المسائل للتجارية « لأن أحكام القانون المدنى تكمل القانون التجارى فى هذا الصدد ولا تتعارض معها ». وإذا كان النص المدنى ييسر على الدائن بهذا الحكم فإن القانون التجارى أولى بهذا التمييز « ، محيى الدين إسماعيل علم الدين ، شرح قانون التجارة للجديد (طبعة ١٩٩٩) ص ٢٠٠ .

(٢) ومثاله ، من تطبيقات القضاء الفرنسى ، للشرط الذى يرد فى عقود التوريد بوجوب تسليم فوراً (*livrable de suite*) انظر : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٣/٧ (د . ١٩٣٣-٢١) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٣/١/٢١ (د . ١٩٣٣-٤١٢) . وانظر فى تأكيد معنى إمكان أن يستخلص الإعفاء من الإعذار ضمناً : كولان وكابيتان ودى لامورالينبير بند ٩٩ ؛ وعكس ذلك وأن الإعفاء لابد أن يكون صريحاً جوسران بند ٦١٩ ص ٣٤٠ .

(٣) فى هذا المعنى : د . جميل الشرقاوى بند ١٨ .

(٤) فى هذا المعنى : د . الصده بند ١٢ ؛ د . عبدالمعنى البدرأوى : النظرية العامة للالتزامات بند ٢٩ .

(٥) فى هذا المعنى : د . البدرأوى بند ٢٩ ؛ وعكس ذلك :

CARBONNIER : *Droit Civil T. 4 (Les obligations)* 1969 No . 76 p .

البعض^(١) - أن الاتفاق ، فى العقد ، على أنه إذا لم يسند المدين أحد الأقساط تحل باقى الأقساط المؤجلة ، يمكن أن يستخلص منه معنى الاتفاق الضمنى على الإعفاء من الإعذار فى خصوص الأقساط التى تحل على أثر عدم السداد ، وإلا فإن هذا الحل المشروط لن يكون له من معنى ، والقاعدة فى التفسير أن أعمال الكلام خير من إهماله . هذا إلى أن جوهر الإعذار هو التنبيه على المدين برغبة الدائن فى الوفاء وعدم تسامحه معه فى التأخير ، ولن يكون هناك من معنى لأن يعيد الدائن تأكيد هذه الرغبة بعد أن أفصح عنها مسبقاً فى العقد نفسه . بل لعلنا لا نكون مبالغين إذا قلنا أن الأمر هنا يكاد يقترب من أن يكون اتفاقاً صريحاً على الإعفاء من الإعذار وإن كان اتفاقاً معلقاً على شرط .

٢- لا مبرر للإعذار إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح غير ممكن أو غير مجدي بفعل المدين^(٢):

٦٤- فلما كان قوام الإعذار والغاية منه هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه ونفى مظنة تسامح الدائن معه فى التأخير ، فإنه يفترض - بداية - أن يكون هذا التنفيذ ، المطلوب ، ممكناً . فإذا كان قد أصبح - على العكس - مستحيلاً فيما : أن تكون هذه الاستحالة بفعل المدين ، وعندهذا يُعَدُّ هذا مسئولاً عن نتائج عدم التنفيذ دون مبرر للإعذار ، بل ودون - فيما نرى - أن يستأهل ضمانات الإعذار^(٣) ، أو أن تكون تلك الاستحالة راجعة إلى سبب

(١) د . البدراوى ، الموضع سابق الإشارة .

(٢) انظر نقض ١٩٧٢/١/١ المجموعة ٢٣-١٦٦-١٠٦٢ والأحكام المشار إليها لاحقاً فى هوامش البند الحالى (٤١) .

(٣) انظر من تطبيقات أحكام القضاء : نقض ١٩٦٦/٤/٩ المجموعة س١٧ ص٣٩٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص٤٤٥ ، وقد جاء فيه : =

أجنبى ، وهو ما يستتبع انقضاء التزام المدين كلفة وسقوط المسؤولية عنه ، فتنتفى بذلك علة الإعذار ^(١) .

كذلك ، ولذا التبرير ، لا تكون من ضرورة للإعذار إذا كان تنفيذ الالتزام - ولو أنه مازال ممكناً - إلا أنه قد أصبح غير مُجدٍ (للدائن) بفعل المدين ^(٢) ، كما لو كان التنفيذ يتعين أن يتم فى فترة محددة ، وإلا فقد جدواه بالنسبة للدائن ، وترك المدين هذه الفترة تمرّ دون تنفيذ .

= « لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه ، فإن مفاد ذلك أن الالتزام المقرّب على عقد المقاول أصبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد وبالتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ للسبب ، لا يكون قد خالف القانون » .

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون للمبنى) ص ٥٦٠ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٢/٦/١ للمجموعة ص ٢٢ ص ١٠٦٢ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالتواب ص ٤٤٦ وقد جاء فيه : « متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن - رب العمل فى عقد المقاوله - بالترامه ، من جراء تلخره فى الحصول على رخصة البناء فى الوقت المناسب ، فإن إعذاره لا يكون واجباً على الدائن (المقاول) بعد فوات هذا الوقت ، إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة ٢٠٠ من القانون المبنى إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مُجد بفعل المدين . وإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه (المقاول) دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن فى دفاعه من ضرورة إعذاره فى هذه الحالة ، فإنه لا يكون مشوباً بالقصور » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ ق مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٤٦ وقد جاء فيه : « ... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدونته أن مسؤولية المصرف الطاعن قد تحققت ووقع الضرر بعدم صرف الشيك عند تقديمه للبنك الأخير ومن ثم فلا جدوى فى الإعذار ، فإن الحكم لا يكون بذلك قد خالف القانون ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس » .

ومن هذه الحالة الأخيرة أيضاً « أن يكون محل الالتزام امتناعاً عن عمل ، فمجرد الإخلال بالتعهد يجعل الإعذار عديم الجدوى ^(١) . وفي القانون المدني الفرنسي تنص المادة ١١٤٥ صراحة على أنه : « إذا كان الالتزام بامتناع عن عمل ، فإن المُخِلَّ يجب عليه التعويض بمجرد وقوع المخالفة » ^(٢) .

كذلك فإن المادة ١١٤٦ من نفس القانون ، تستثني من أصل عدم استحقاق التعويض إلا بعد إعذار المدين - فرض ما إذا كان المدين ملتزماً بإعطاء شيء لا يمكن أن يُعطى ، أو بالقيام بعمل لا يمكن أن يُعمل ، إلا في وقت معين ، إذا ترك المدين هذا الوقت يمضي ^(٣) .

ويرى بعض الشراح الفرنسيين أن الإعذار يكون غير متصور كذلك في مجال الالتزام المبستمر ^(٤) .

٣- إظهار النية - صراحة - في عدم التنفيذ :

٦٥- كذلك يفقد الإعذار مبرره إذا صرح المدين بأنه لا يريد القيام

(١) مجموعة العمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٠ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٤٥ .

(٢) راجع من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا النص : نقض ١٩٦٩/٥/٢٢ (ج.ك.ب. ١٩٦٩-٢-١٦١٤١) ، نقض (تجاري) ١٩٧٠/١١/١٠ (ج.ك.ب. ١٩٧٠-٤-٣١٤) ، نقض ١٩٨٦/١٠/٢٥ (ج.ك.ب. ١٩٦٩-٢-١٦٠٦٢) وتعليق برور . - وراجع - في تأييد بعض الشراح لهذا الاستثناء ، حيث لا تكون هناك من فائدة من الإعذار في هذه الحالة ، ستارك بند ٢٠٤٠ ، وانظر في نفس التبرير ، الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٠ مدلى مصرى سابق الإشارة إليها .

(٣) والفقهاء هناك يؤيد هذا الاستثناء أيضاً ، انظر مثلاً ستارك بند ٢٠٤٠ .

(٤) انظر من هذا الرأي : ملرتى وريغو بند ٦٥٧ .

بتنفيذ التزامه (م ٢٢٠) ^(١). فلا جدوى في هذه الحالة من دعوته للتنفيذ . ولا يمكن أيضاً — وقد سلك سبيل الرفض البات — أن يحمل سكوت الدائن على محلل للتسامح معه .

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة . ويؤيد ذلك بعض الشراح ^(٢) تأسيساً على أن الكتابة هي التي تؤكد جدية المدين فيما صدر عنه من تصريح ^(٣)؛ لأن التصريح الشفهي « قد يكون تسرعاً من المدين لم يتدبره ، أو تهديداً للدائن لم يقصده » ^(٤) . فيما يرى البعض الآخر أن الكتابة هنا مستلزمة لمجرد الإثبات ^(٥) ، بما يعنى أنه يمكن أن يحلّ مطعها فيه ، إقرار المدين بتصريحه هذا أو نكوله عن حلف اليمين بصدور هذا التصريح

(١) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصاً مماثلاً ، إلا أن الفقه الفرنسي يرى عدم ضرورة الإعذار إذا صرح المدين بشكل قاطع أنه ليست لديه نية تنفيذ التزامه . انظر سمارك بند ٢٠٤ .

(٢) وقد جاء في حكم للنقض تطبيقاً لذلك : « متى كان للطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتباره العقد مفسوخاً من جهته ، وكان للحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان أن المطعون ضده لم يكن بحاجة إلى إعذار للطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الإعلان أنه لا يريد التقييم بالتزامه ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون » . نقض ١٩٦٧/٢/١٤ للمجموعة س ١٨ ص ٣٣٩ .

(٣) انظر : د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٤٧ د . للصدده بند ١٢ د . محمود جمال الدين زكي بند ٣٦٩ د . عبدالوود يحيى بند ٢٣ د . إسماعيل غانم بند ٤٤ .
(٤) ويضيف البعض أنه إذا ما فرض وبقي شك مع صراحة للنص في لزوم التصريح للكتابة ، فإن الشك يجب أن يفسر لمصلحة المدين . انظر د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٤٧ .

(٥) د . محمود جمال الدين زكي بند ٣٦٩ .

(٦) انظر : د . المنهوى بند ٤٦٦ د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٥٩٤ ؛

د . عبدالمنعم البدر لوى بند ٣٢ .

منه . وإن كان أنصار الاتجاه الأخير يشترطون في نفس الوقت ، أن يتضمن الإقرار معنى أن المدين كان جاداً فيما صدر عنه من تصريح ، وأن تكون صيغة اليمين التي توجه إليه - حتى يعتبر نكوله عن حلفها دليلاً على صدور التصريح منه - واضحة في معنى هذه الجدية أيضاً ^(١) .

٤- لا حاجة للإعذار في الالتزامات غير التعاقدية :

٢٦- لا يتصور الإعذار في هذا النوع من الالتزامات مادام قوامه دعوة المدين إلى التنفيذ ، الأمر الذي لا يتصور إلا في الالتزامات التعاقدية . أما الالتزامات غير التعاقدية ، فإنها تنشأ ويمسأ عنها المدين بمجرد نشوئها . وبناء على ذلك صرحت المادة ٢٢٠ بعدم ضرورة الإعذار « إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع ، أو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو شيء يبلّغه دون حق وهو عالم بذلك » . ولما كان المدين في الحالتين ، ما بين مرتكب لفعل غير مشروع ، أو مثر على حساب الغير بسوء نية . كان من غير المفهوم أو المبرر أن يحاط بضمانة الإعذار .

النتائج التي تترتب على الإعذار :

٢٧- يترتب على الإعذار نتيجتان هامتان :

١- استحقاق الدائن تعويضاً عن الأضرار التي تلحقه من تأخر المدين في التنفيذ بعد إعداره . وذلك فيما عدا حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث لا يستحق التعويض عن التأخير ، ويسمى الفوائد ، إلا منذ المطالبة القضائية بها .

٢- نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الإعذار على

(١) انظر د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٥٠ .

عائق الدائن . وأساس ذلك أن المدين - بعد إعداره - يعتبر مقصراً الأمر الذى يستوجب إلقاء تبعة الهلاك عليه ^(١) .

ففى الوديعة - على سبيل المثال - إذا هلك الشيء للمودع ، بفعل قوة قاهرة تحت يد المودع لديه ، فإنه يهلك على الدائن بالتسليم وهو المودع . فإذا كان قد سبق وأعذر المدين بالتسليم (وهو المودع لديه) مطالباً إياه بتسليم الشيء الذى هلك بعد ذلك تحت يده ، انتقلت تبعة الهلاك إلى عائق هذا المدين : اللهم إلا إذا استطاع أن يثبت أن الشيء كان هالكاً لا محالة تحت يد الدائن لو أنه سلمه إليه . ومع ذلك تظل تبعة الهلاك على عائق المدين حتى فى هذه الحالة الأخيرة إذا كان قد اتفق مع الدائن على تحمل تبعة الحوادث المفاجئة (م ٢٠٧) . وفى كل الأحوال ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، تبعة الهلاك تقع على السارق (مادة ٣/٢٠٧) . « ذلك أن خطأه الأولى ، فى ارتكاب جريمة السرقة ، لا يسقط عنه ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادثة فجائى » ^(٢) .

(١) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٠٧ : « ذلك أن الإضرار يلزم المدين دليل للتخلف ، ويثبت عليه خطأ يرتب مسئوليته ، متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث فجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين ، فى مثل هذه الحالة ، يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا ثبت المدين أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً ، ولو أنه سلم إليه ، فهو بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص/٤٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج/٢ ص ٥٢٢ تعليقاً على المادة/٢٠٧ .

الإعذار والتعويض عن عدم التنفيذ :

٦٨- يثور التساؤل عن مدى ضرورة الإعذار للتعويض عن عدم التنفيذ . فيذهب رأى إلى ضرورته حتى في هذه الحالة ^(١)، وذلك على أساس من صراحة وعمومية نص المادة ٢١٨ حين قضت بأنه « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » . وللتعويل على عمومية النص يصلح - فيما نعتقد - سندا لمثل هذا الرأى ، لأن مدلول هذه العمومية أن المشرع يقصر حق الدائن فى التعويض على الأضرار التى تلحق بالإعذار دون ما عداها . غير أن العلة من الإعذار - وهى نفي مظنة التسامح من الدائن فى تأخر المدين فقط عن تنفيذ التزامه ، لا يمكن أن تستجيب والامتناع النهائى عن التنفيذ الأمر الذى يحيق بالدائن ضرراً نهائياً لا يتصور تسامحه فيه . ولذلك فنحن نفضل رأياً آخر ، لا يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ سبق إعذار المدين ^{(٢)(٣)}، فى معنى أن الدائن سوف يستحق تعويضاً شاملاً

(١) من هذا الرأى د . أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ١٩٤٥ بند ٥٧٣ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ٤٥ ، د . الصده بند ١٣ . د . البدرأوى بند ٢٧ ، د . جمال زكى بند ٣٦٦ ، ٣٧٠ ، د . جميل للشرقلوى بند ١٨ ، د . سمير قناعو بند ٣٠٠ ، وفى الفقه الفرنسى جوسران بند ٦٢١ ؛

DAVID (F.) : De la mise en demeure R. Crit. 1939 spec. No. 9-12; ALLIX (D) : Reflexions sur la mise en demeure j. c. p. 1977-1-doct-2844 No 32 .

(٢) من هذا الرأى : د . أنور سلطان بند ٣٥ ؛ وبند ٦٥ ، د . إسماعيل غلام بند ٤٥ ؛ ومن الفقه الفرنسى : كولان وكابينان ودى لاموراننيير بند ٩٩ مكرر ؛ ديويو وجوديميه ص ٣٨٤ ؛ مارتى وريغو بند ٦٥٥ (وقرن مع ذلك بند ٦٥٥ مكرر) ؛

WEILL (A) : Dommage - intérêts compensationres et mise en demeure R. Crit. 1939 p. 203 et s; HUBERT note S 1926-1-17 .

(٣) ويفرق كاربونييه (بند ٧٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤) بين ما إذا كان المدين غير مخطئ فى عدم تنفيذه لالتزامه ، لأنه كان يجهل وجود الالتزام عليه واجب =

عن كافة الأضرار الناتجة من عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق له أن أعذر مدينه .

ولا يسوغ لهذا الأخير أن يزعم بأنه لو كان قد أعذر من قبل الدائن برغبته في التنفيذ لكان قد نفذ ، فالواقع العملي أنه لم ينفذ حتى بالرغم من رفع الدعوى عليه .

المبحث الثاني

كيفية تقدير التعويض

حصر ، وتقسيم :

٦٩- يتولى القاضى عادة تقدير التعويض ، الذى يسمى عندئذ بالتعويض القضائى ، إلا إذا اتفق الطرفان مقدماً على تقديره ، حين يسمى

= التنفيذ (كالمؤجر الذى لا يقوم بإجراء الترميمات الضرورية للعين المؤجرة لأن المستأجر لم يخطره بما ظهر بها من عيوب) ، وبين الفرض العكسى حيث لا يكون للإعذار فيه من فائدة .

كذلك فرق الدكتور السنهوري بين فرض ما إذا كان التنفيذ العيني - عندما يطالب الدائن مدينه بالتعويض عن عدم التنفيذ - لا يزال ممكناً أو أنه أصبح غير ممكن . واستلزم الإعذار لاستحقاق التعويض فى الفرض الأول فقط (بند ٤٦٨) . وفى الحقيقة فإن الفرض الأول يخرج من إطار المنقشة أصلاً ، لأن المشكلة هنا تفترض أن المدين لم يبد استعداده لتنفيذ التزامه بعد رفع الدائن دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، وفى هذه الحالة فإن التنفيذ المعنى يصبح فى حكم غير الممكن . وبتعبير أوضح نقول : أن الدائن إذا رفع دعوى المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ دون سابق إعذار للمدين ، فأحد أمرين : إما أن يعرض المدين فى الجلسة تنفيذ التزامه ، فلا يستحق الدائن عندئذ ثمة تعويض ولا عن تأخر المدين الفعلى فى تنفيذه لالتزامه حينئذ لا يحسب عليه هذا تأخيراً قانونياً ، كما قلنا ، إلا منذ الإعذار ، ولا إعذار ، أو لا يعرض هذا للتنفيذ ، وعندئذ لا يسوغ له الزعم بأنه لو كان قد أعذر لكان قد أوفى بالتزامه ، فالواقع المؤكد أنه لم يف .

فى هذه الحالة بالتعويض الاتفاقى (أو الشرط الجزائى) . وقد بقدره القانون مباشرة لىكون تعويضاً قانونياً وهو ما يسمى بالفوائد . ونخصص لكل من هذه الطرق الثلاثة مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول

التعويض القضاى

نوعاه :

٧٠- إذا توافرت شرائط استحقاق التعويض - بتوافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية - فإن للقاضى ، من حيث الأصل ، هو الذى يتولى تقدير هذا التعويض .

وقد رسمت طريقة هذا التقدير ، المادة ١٧١ منى ، حين قضت بأن :

« ١- يعين للقاضى طريقة للتعويض تبعاً للظروف .

٢- ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة للحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . ويقال - تبعاً لذلك ، واستخلاصاً من الفقرة لثانية من هذا النص بصفة خاصة - أن التعويض للقضاى نوعان . فهو إما تعويض نقدى أو تعويض عينى ^(١) .

(١) والأخير (التعويض العينى) حددت محكمة النقض وجهه فى « إزالة المخالفة للى وقعت إخلالاً بالالتزام » ، انظر نقض ١٠/٥/١٩٧٧ مجموعة المكتب الفنى من ٢٨ من ١١٥٨ ومشار إليه أيضاً فى معروض عبدالتواب من ٤٢٠ .

(أ) التعويض النقدي :

٢١- وهو مبلغ من النقود ، يتولى القاضى تقديره للمضرور ، بشرط أن يكون جابراً للضرر كله .

وهذا النوع من التعويض يعتبر الأصل فى إطار المسؤولية التقصيرية^(١) ، مادام أن النص السابق قد علق النوع الثانى من التعويض (وهو التعويض العينى) على شرط طلبه من جانب المضرور . حين يجوز للقاضى - فى هذه الحالة الأخيرة أن يقل هذا الطلب إذا وجد التعويض العينى هو الأنسب ، أو يرفضه ويحكم بالتعويض النقدي . بينما أنه إذا بدأ المضرور بطلب التعويض النقدي ، فلا يجوز للقاضى أن يستبدل به التعويض العينى ولو طلب المدين ذلك .

أما فى إطار المسؤولية العقدية فإن إعمال المادة ٢٠٣ يجعل من التنفيذ العينى هو الأصل متى كان ممكناً ، بحيث لا ينزع القاضى إلى التنفيذ بمقابل (أى بطريق التعويض) إلا إذا استحال التنفيذ العينى بخطاء المدين أو كان فى هذا التنفيذ إرهاب له ولم يكن فى العلول عنه إلى التنفيذ بمقابل ضرر جسيم يلحق بالداث ، (على ما سبق بيانه عند دراستنا للتنفيذ العينى) وفى

(١) راجع فى معنى أن الأصل فى التعويض هو التعويض النقدي د . عبدودود يحيى بند ٢٥ د . مصطفى الجمال بند ٢٦٨ ؛ بل انظر فى قول البعض أن التعويض يحدد « دائماً » بالنقود د . الصده بند ٢٥ ؛ وانظر عكس ذلك ، وأن للضرور الحق فى التعويض العينى « كلما كان ذلك ممكناً » د . سليمان مرقس بند ٩٠ ، ويشير فى هامش/١ إلى حكم نقض مصرى فى ١٦/١٢/١٩٤٨ الذى قضى بأن « التعويض العينى عن الفعل الضار هو الأصل . ولا يُصلر إلى عوضه ، أى إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عيناً » .

هذه الحالة يمكن أن يقضى على المدين بتعويض نقدي^(١) .

٧٢- وإذا تعين للحكم بالتعويض النقدي ، فقد قدره القاضى بمبلغ محدد : إما واجب الدفع فوراً - وهذا هو الغالب - أو على أقساط . وقد يكون هذا التعويض فى صورة إيراد مرتب . « ويجوز فى هاتين الحالتين - الأخيرتين - إلزام المدين بأن يقدم تأمينا » لضمان حق المضرور . م ١٧١ منى .

(ب) التعويض العينية :

٧٣- غير أن المضرور - فى المسؤولية التقصيرية - قد يرى الترضية الكافية لما أصابه من ضرر ، فى وسيلة غير نقدية ، فيجوز للقاضى أن يجيبه إليها . كما إذا اعتدى عليه بالسب أو القذف ، فطلب إلزام المعتدى بنشر الاعتذار عما بدر منه ، أو تكتيبيه ، فى الصحف .

وقد قلنا « يجوز للقاضى أن يجيبه إليها » أى إلى الترضية غير النقدية (أو العينية) ، لما سبق أن ذكرناه من أن الأصل فى التعويض فى مجال المسؤولية التقصيرية وفقاً لصريح المادة ٢/١٧١ سابق الإشارة بأن يكون « بالنقد » . ومن ثم فنحن - فى هذا للموضع - لا نؤيد ما ذهب إليه

(١) انظر نقض ١٩٥٢/٦/١٢ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٠ ، مشار إليه فى

معوض عبدالنواب ، ص ٤١٨ ، ٤١٩ ، وقد جام فيه :

(متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر « أن من حق للمستأنفة استرداد منقولاتها ، فلها أن تستردها أو أن تطلب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، مع أنه كان ينبغى أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عينا فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها ، وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عينا إذا شاعت » ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا عيب فيه) .

محكمة النقض المصرية في حكم قديم لها ^(١) (وأيدها فيه قلة من الشراح) ^(٢)، من أن: « التعويض المعنى عن الفعل الضار هو الأصل ولا يشار إلى عوضه ، أى التعويض النقدي ، إلا إذا استحال التعويض عينياً . وهو ما انتهت منه إلى القول بأنه إذا « رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض المدعى عليه التعويض عينياً - كردّ الشيء المغتصب - وجب قبول ما عرضه » . بل ولمعنت في هذا التأكيد عندما استنطرت قائلة : « بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب للمدعى ذلك أو أصرّ على ما يطلبه من تعويض نقدي » ^(٣) .

ونحن إذ لا نؤيد حكم النقض هذا فليس ذلك اعتراضاً منا على ما انتهى إليه من نتيجة (وهي للحكم برد الشيء المغتصب وليس بقيمته) ، وإنما فقط على تأصيله لتلك النتيجة وقوله (في هذا التأصيل) أن المبدأ ، في التعويض عن الفعل الضار ، أن يكون ذلك التعويض عينياً . إذ نعتقد أن الحكم برد الشيء المغتصب (طالما كان هذا الرد لا يزال ممكناً) هو حكم

(١) نقض ١٩٤٨/١٢/١٦ طعن رقم ٧٤ لسنة ١٧ اق مشار إليه في معروض عبدالوهاب ص ٤١٨ وسابق الإشارة إليه أيضاً .

(٢) انظر سليمان مرقس ١٩٥٧ بند/٩٠ .

(٣) وكان الأمر ، في هذا الحكم ، يتعلق بجهة إدارة استولت على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقاضاها المالك مطالباً بقيمة العقار ، وأبنت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة ، وقضت محكمة الموضوع للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، وهو ما رأته فيه محكمة النقض مخالفة ، من جانب الحكم ، للقانون .

بالتنفيذ العيني^(١) لا بالتعويض العيني^(٢) .

٧٤- هذا ، ونصّ المادة ١٧١ سابق الإشارة يفترض للتعويض العيني (محل البحث) فى إطار المسؤولية التقصيرية وذلك من موضع وروده فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع، كما أن بعض عبارات الفقرة الثانية منه ، صريحة فى هذا المعنى .

٧٥- وتدعونا هذه الملاحظة إلى تساؤل عن مدى ما يمكن أن يكون للتعويض العيني من فرص للتطبيق فى إطار المسؤولية العقدية .

والظاهر ، فى هذا الشأن ، أن لفقه المصرى لا يفرق - فى إمكان الحكم بالتعويض العيني - بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية^(٣) . ورغم أن نص المادة ٢/١٧١ (الذى يجعل للقاضى أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه) قد ورد فى إطار المسؤولية عن العمل غير المشروع ؛ إلا أنه يرى تطبيق حكمه بطريق القياس على المسؤولية العقدية

(١) لذلك الالتزام السلبى العام المفروض عن الكلفة بعدم اغتصاب أو سلب حقوق الغير . فإذا كان الشيء للمغتصب لا يزال موجوداً تحت يد الغاصب فإن إلزامه برده إلى صاحبه هو إلزام له بتنفيذ للترامه هذا تنفيذاً عينياً .

(٢) وينسحب ، تحليلنا هذا ، ويصدق بشكل أوضح ، على ما أصدرته محكمة النقض من حكم ، فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة ١٩١٢ بجلسته ١٩٥٢/٦/١٢ سابق الإشارة إليه (راجع سابقاً هـ/١ من ص ٨٩ .

ويبدو أن المقررات ، فى هذا النزاع ، كانت مسلمة من المستأنفة للمستأنف ضده فى إطار عقد من العقود ، فيما يعنى أن النزاع كان يدور حول مسؤولية عقدية . وفيها ، كما سبق أن قلنا (راجع سابقاً بند/٧١ ص ٨٨) يكون التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل متى كان ممكناً . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ فى الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ١٩٤٦ ق ، مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص ٤٣٣ .

(٣) انظر ، فى هذا المعنى تقريباً : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٠ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٢٥ .

أيضاً^(١) . وفى سبيل التلليل على إمكان هذه التسوية ، ومن ثم إمكان الحكم بالتعويض العيني فى إطار المسؤولية العقدية ، يمثل عادة بفرض ما إذا كان محل الالتزام تسليم شيء ملك بخطأ المدين ، حين يمكن للدائن ، فى نظر الفقه ، أن يطلب بدلاً من التعويض النقدي تسليمه شيئاً مماثلاً^(٢) . أو يكون المدين قد تعهد بعدم البناء ، وخالف هذا التعهد ، حين يمكن أن يطلب الدائن إزالة البناء المخالف كتعويض عيني . وقد قضت محكمة للنقض فى هذا الاتجاه ، فى أحد أحكامها ، حين قالت بأن التعويض قد يكون عينياً « بإزالة المخالفة التى وقعت إخلالاً بالالتزام »^(٣) .

ونعتقد من جانبنا أن فرص الحكم بالتعويض العيني ، بمعناه الدقيق ، قليلة^(٤) فى مجال المسؤولية العقدية . وأن الأمثلة التى سبقت للتلليل على التسوية بين نوعى المسؤولية فى إمكان الحكم بالتعويض للعيني يشوبها خلط بين التعويض العيني والتفويض العيني : فحين يقضى على المدين بتسليم شيء مماثل للشيء الذى هلك بخطئه بدلاً من الحكم عليه بتعويض نقدي ، إنما يقضى عليه ، فى الحقيقة بتنفيذ التزامه بتنفيذاً عينياً^(٥) ؛ إذ المبدأ أن المثليات لا تهلك ، ومن ثم يقوم بعضها مقام البعض الآخر فى الوفاء . وحين يقوم المدين بإزالة البناء المخالف إعمالاً للحكم بالإزالة ، فإنه بذلك لا يعوض الدائن تعويضاً عينياً وإنما هو فى الحقيقة ينفذ للترامه بالامتناع عن البناء ،

(١) فى هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٤٦ .

(٢) انظر د . عبدالودود يحيى بند ٢٥ .

(٣) نقض ١٩٧٧/٥/١٠ للمجموعة السفة ٢٨ رقم ١٩٩ ص ١١٥٨ .

(٤) وفى هذا المعنى يقول كاريوتييه أن الأصل فى تعويض الدائن بالالتزام غير المنفذ ، أن يقضى له بمبلغ نقدي ، « ولا يستطيع القاضى » أن يحكم على المدين بتعويض عيني . بند ٧٦ ص ٢٥٤ .

(٥) بل يرى البعض أن الحكم على المدين بتسليم شيء مماثل غير جائز . ولا بد أن يكون تعويض الدائن هنا تعويضاً نقدياً . كاريوتييه ، الموضع سابق الإشارة .

عيناً ، بالنسبة للمستقبل ^(١) . والدليل على ذلك أن بإمكان الدائن أن يطلب - إلى جانب هذه الإزالة - الحكم له بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء إقامة البناء المخالف وإزالته بعد إقامته ، ولو كان فى الحكم بالإزالة تعويضاً لما جاز له أن يجمع بين التعويضين .

طبيعة الحكم به (الحكم بالتعويض ككشف عن الحق فيه) :-

٧٦- ولما كان قوام المسؤولية المدنية هو جبر للضرر الذى أحدثه خطأ المسؤولية ، فإن الحق فى التعويض عن هذا الضرر إنما ينشأ لطلبه من وقت تحقق الضرر (أو من تاريخ الإضرار فى الحالات التى يكون فيها واجباً) ، ليندو الحكم به مجرد مقرر أو كاشف عن الحق فيه وليس منشئاً له . ويمكن التكليل على ذلك بما هو معلوم به من إمكان قيام المسئول بدفع التعويض للمضروب قبل صدور الحكم القضائى به ، فيعتبر ذلك من جانبته وفاء للالتزام قائم فى نمته .

٧٧- ولا يصح الاعتقاد بأن أمر ما إذا كان للحكم بالتعويض يعتبر كاشفاً أو منشئاً للحق فيه هو مجرد خلاف لفظى ، وإنما - على العكس - يترتب على الأخذ بهذا الرأى أو ذلك نتائج مهمة ، تظهر - بصفة خاصة - من حيث مدى إمكان التصرف فى الحق فى التعويض من جانب المضروب ، ومن حيث مدى إمكان الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف المدين (المسئول) ، ومن حيث الوقت الذى يبدأ فيه مريان تقادم دعوى المسؤولية .

فلأن الحق فى التعويض ينشأ من وقت الضرر بحيث يكون الحكم به

(١) ويقترب من هذا المعنى حكم للنقض المصرى للصادر فى ١١/١/١٩٧٥ حين قضى بأن « طلب العامل إعادته إلى عمله ، لأن فصله كان بغير مبرر ، إنما هو طلب تعويض بطريق التنفيذ العيني » . المجموعة السنة ٢٦ رقم ٣٧ ص ١٥٠ :

مجرد كاشف عن الحق فيه ، فإن للمضرور أن يتصرف في هذا الحق منذ هذا الوقت ، فيحوله مثلاً إلى شخص آخر لينتقل إلى المحال إليه بذات الأوصاف (حق مستحق الأداء وإن كان غير معين المقدار)^(١) . كما يكون للمضرور - كذلك - وبحسبان حقه في التعويض مستحق الأداء ، أن يطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين بالتعويض (المسئول) ولو كان هذا التصرف سابقاً على صدور الحكم بالتعويض . كما يبدأ - بالتالي - سريان تقادم دعوى المسؤولية من وقت وقوع الضرر مادام أن المضرور يعلم به وبشخص المسئول عنه (وإلا فإنه لا يسرى إلا من وقت هذا العلم) .

الضوابط التي تحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض :

وتحكم سلطة القاضي في تقدير التعويض مجموعة من القواعد تتلخص في:

١- التعويض يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت^(٢):

٢٨- ذلك أنه لما كان من الضروري أن يكون التعويض جابراً لكل الضرر كان من الواجب - بالتالي - أن يشمل « ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب »^{٢٢١} م وهما عنصراً كل تعويض .

(١) اللهم إلا إذا كان هذا التعويض مستحقاً عن ضرر أدبي ، حيث لا تحيز المادة ٢٢١ مدني أن ينتقل هذا الحق إلى الغير إلا إذا كان قد تحد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسئول ، أو كان الدائن (المضرور) قد طالب به أمام القضاء . ولعل إمكان انتقال الحق في التعويض عن هذا النوع من الضرر في الفرض الأخير ما يؤكد أن هذا الحق ينشأ للمضرور من يوم حدوث الضرر وليس من يوم صدور الحكم ، مادام أنه يكفى - بصريح النص - مجرد المطالبة القضائية به ، حتى يمكن أن ينتقل بعد ذلك للغير ولو قبل صدور الحكم .

(٢) انظر في هذا المعنى من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٢ ص ١٠٢٥ ؛ نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة ٢٦-١٦٧-٨٥٤ ، نقض ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة ٢٥-٢٠٤-١٢١٠ .

وبيان ذلك أن الضرر للمادى ، بحساباته إصابه لزمة الدائن المالية قد يؤثر فى هذه الزمة بشكل مباشر حين ينقص من مال الدائن لىسمى فى الاصطلاح بالخسارة اللاحقة ، كأن يخل المستعير بالتزامه بالمحافظة على الشيء للمعارف فتتلف بعض أجزائه مما يكبد المعير نفقات إصلاحه . وقد يؤثر فيها بشكل غير مباشر حين يفوت على الدائن كسباً كان سيحقيه لىسمى فى الاصطلاح بالكسب الفائت ومثاله أن يخل الناقل بالتزامه بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى الوقت المحدد ، فيفوت عليه فرصة بيعها بسعر مرتفع . فإذا كان خطأ المدين قد أصاب الزمة المالية للدائن بشكل مباشر وغير مباشر معاً ، بأن ألحق به خسارة فى الوقت الذى فوت عليه كسباً ، واستطاع الدائن أن يثبت ذلك ، وجب على القاضى أن يقرّر التعويض بحيث يجبر كلاً من وجهى الضرر . ومثال ذلك أن يؤدى الفعل الضار إلى إصابة فنان أثناء ذهابه لإحياء حفل كان قد تعهد بإحيائه مقابل أجر . عندئذ يتعين أن يشمل التعويض (فضلاً عن الألم المعنوى الذى يقاسيه المضرور من جراء الإصابة) جميع المصروفات التى يتكبدها لعلاج إصابته باعتبار هذه المصروفات خسارة لحقت به ، والأجر الذى كان سيتقاضاه من إحياء الحفل بحساباته كسباً ضاع عليه ^(١) .

٧٩- وقد أكدت محكمة النقض المصرية فى العديد من أحكامها ، أن تعيين عناصر الضرر المطالب بالتعويض عنه ، إنما هو من مسائل القانون

(١) انظر من تطبيقات القضاء نقض ١٧/٤/١٩٦٩ (مشار إليه فى معوض عبداللّوالب ص/٤٩٩ وقد جاء فيه أنه ، مقتضى نص المادة/٢٢١ « أن الناقل يكون مسؤولاً عن هلاك البضاعة أو فقدائها أثناء الرحلة البحرية بمقدار الثمن الذى ينتج من بيعها فى ميناء الوصول ، لأن هذا الثمن هو الذى يمثل الخسارة التى لحقت صاحبها والكسب الذى فاتته إذا كان ثمن البيع فى ميناء الوصول يزيد على ثمن شرائها » .

التي تخضع لرقابتها^(١). وتطبيقاً لهذه الرقابة أيدت ، بحق ، حكم

(١) انظر مثلاً : نقض ١٦٦٩/٤/١٧ سابق الإشارة إليه وقد جاء فيه « أنه وإن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة للنقض » ، وانظر أيضاً نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ المجموعة ص ٢٠ ص ٦٦٦ (ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالنواب ص/٤٥٠) ، وقد جاء فيه : « أنه وإن كان تقدير التعويض عن الضرر هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، إلا أنه إذا قدم له طالب التعويض دليلاً مقبولاً على أحد عناصر الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه ، ورأى القاضي لإطراح هذا الدليل وتقدير التعويض على خلافه ، فإنه يتعين عليه أن يبين سبب عدم أخذه به ، وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور » ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/٣/٢٧ المجموعة السنة ٣٠ رقم ١٧٥ ص ٩٤١ ؛ ١٩٧٧/٢/٢١ المجموعة سنة ٢٨-٩٥-٥٠٠ ، ١٩٧٥/١٢/٢٣ المجموعة ٢٦-٣٠٩-١٦٥٣ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ المجموعة سنة ٢٦-١١٥-٥٦٨ ؛ ١٩٧٥/٥/٢٦ المجموعة سنة ٢٣-١٤٠-٨٩٤ / ١٩٧٠/٣/٢١ المجموعة ٢١-٨٦-٥٣٨ ؛ ١٩٧٠/١٢/٨ المجموعة ٢١-١٩٧-١٢٠٨ وقرب نقض فرنسي ١٩٨٢/١٢/٦ (د . ١٩٨٣-ج-١٢٤) .

وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٧٢/٥/١٣ أنه كان يتعين ضرورة مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجاري ، عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر . أما القضاء بالتعويض بصورة مجملة دون بيان عناصره ، فإنه يعتبر من قبيل القصور الذي يشوب الحكم . المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٤٠ ص ٨٩٤ .

إنما إذا بين الحكم في أسبابه عناصر للضرر ، فإنه لا يعيبه بعد ذلك تقدير تعويض إجمالي عن تلك العناصر . في هذا المعنى نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ١٩٤ ص ١١٨٩ .

(٢) « أما تقدير قاضي الموضوع للضرر نفسه (بعد إذ تعينت عناصره على نحو صحيح) ، وتحديد التعويض الجائر له فإنه من مسائل الواقع التي يستقل بها دون رقابة من محكمة النقض مادام قد اعتمد في قضائه على أساس معقول » ، نقض ١٩٦٦/٥/١٩ المجموعة ص ١٧ ص ١٢٠١ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالنواب =

الاستئناف الذى رفض أن يرى فى إنفاق الأب على ولده ^(١)، ما يعتبر خسارة تستوجب التعويض ، مادام أن الأب ملتزم بهذا الإنفاق قانوناً . كما أفصحت ، فى هذا الحكم ، عن فهمها لمدلول تقويت الكسب على المضرور ، حين اكتفت فى هذا الشأن بفوات ما كان يأمل فى الحصول عليه من كسب ، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة ^{(٢)(٣)} .

= ص/٤٤٩ . وانظر نقض ١٩٦٩/٤/١٧ مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص/٤٤٩ ؛ نقض ١٩٧١/٢/٤ المجموعة ص ٢٢ ص ١٧٢ ، نقض ١٩٦٦/١١/٨ للمجموعة ص ١٢ ص ١٦٢٩ مشار إليه أيضاً فى معوض عبدالوهاب ص/٥١ .

(١) وقد جاء فى هذا الحكم أن « الولد ملتزم بحكم القانون بالانفاق على أولاده فى سبيل رعايتهم وإحسان تربيتهم ، فلا يصح اعتباره ما ينفقه فى هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض . ولما كان ما أنفقه الطاعن ... على ولده المعجنى عليه هو من قبيل القيام بالواجب المفروض عليه قانوناً ، فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم فى قضائه هذا النظر يكون قد أصاب مبيحج القانون » . نقض ١٩٧٩/٥/١٦ للمجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٥١ ص ٣٦٦ .

(٢) فقد جاء فى هذا الحكم : « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ، فإن تقويتها أمر محقق . ولا يمنع القانون من أن يحسب فى الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة . ولما كان للحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تقويت للفرصة على الطاعنين فى رعاية ابنهما لهما فى شيخوختهما بأنها احتمال ، فذلك بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهو أمر احتمالي ، وبين تقويت الأمل فى هذه الرعاية وهو أمر محقق ؛ ولما كان الثابت ... أن الطاعن قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذى كان طالباً فى الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً ، الأمر الذى يبعث الأمل عند أبويه فى أن يستظلا برعايته ، وإذ افتقده فقد فاقست فرصتهما بضياح أملهما ؛ فإن للحكم المطعون فيه إذ استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون » . وانظر فى نفس المعنى أيضاً نقض ١٩٧١/٦/٢٤ المجموعة للسنة ٢٢ رقم ١٣٥ ص ٨٢٨ .

(٣) ومن تطبيقات هذه الرقابة أيضاً ، ما قضت به من أن اعتبار الحكم أن عنصر التعويض عما فات من كسب هو طلب للقوائد ، يعتبر خطأ فى القانون . انظر نقض =

٣- التعويض حماية قانونية تشمل الحق والمصلحة المشروعة :

٨٠- ويدهى أن يكون للمضروب الحق في التعويض حيث يتمثل الضرر المادى الذى يصيبه ، فى الإخلال بحق محدد له ، عيانياً كان هذا الحق أو شخصياً أو معنوياً .

غير أن نه فضلاً عن ذلك الحق فى التعويض ولو وتمثل هذا الضرر فى إخلال بمصلحة مالية لا ترقى إلى مستوى الحق . شريطة أن تكون هذه المصلحة مشروعة لا تخالف النظام العام أو الآداب ^(١) .

فاذا أدى - على سبيل المثال - الفعل غير المشروع إلى قتل أحد الأشخاص ، كان الأولاد (فضلاً عن حقهم فى المطالبة التعويض عن الضرر المادى والمعنوى الذى أصاب مورثهم من جراء الفعل غير المشروع) ، للحق فى التعويض عن الضرر المادى الذى أصابهم متمثلاً فى إهدار ما كان لهم من حق فى النفقة على المقتول . كما يكون للسيدة التى لا تجب لها النفقة عليه ، الحق فى التعويض أيضاً عن الضرر المادى الذى أصابها فى مصلحتها المالية بوفاته ، لما كانت تعول فى نفقتها عليه متى كان من الثابت أن المقتول كان يعولها على نحو مستمر وأن الظروف تؤكد أنه كان سيستمر فى هذا الإنفاق مستقبلاً ^(٢) . على أنه يشترط أن تكون العلاقة

= ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة السنة ٢١ رقم ٢٠٢ ص ١٠٢٥ (وكان الأمر فى هذه الدعوى يتعلق بحداث سيارة ، طالبت صاحبها فيه بتعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلفها ، وبمبلغ آخر شهرياً كتعويض معادل لإيرادها الذى حرمت منه ، حين اعتبر الحكم المطعون فيه - وبشكل خاطئ - عنصر التعويض عما فلت الطاعنة من كسب ، مطلباً للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس .

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ ، كاربوتيه بند ٨٨ ص ٣٠٥ .

(٢) وفى هذا المعنى جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية ، أن طلب التعويض

بينه وبينها علاقة مشروعة وإلا - كما لو كانت خليلته مثلاً - لما استحققت تعويضاً ، لأن مصلحتها من بقاءه حياً تكون مصلحة غير مشروعة ^(١) .

٣- التعويض يجب أن يكون جابراً لكل الضرر ، مقدراً بالمعيار الذاتي :

٨١- وفي هذا المعنى تقضى المادة ١٧٠ مدنى صراحة بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور ... مراعيًا فى ذلك الظروف الملائمة » ^{(٢)(٣)} .

عن الضرر المادى نتيجة وفاة شخص آخر مشروط بثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم ، وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . انظر : نقض ٢٧/٣/١٩٨٠ المجموعة السنة ٣١ رقم ١٨٤ ص ٩٣٧ ؛ وفى نفس الاتجاه : نقض ٢٧/٣/١٩٧٩ ص ٣٠٠ - ١٧٥ - ٩٤١ ، ٢٣/٥/١٩٧٨ ، ٢٩ - ٢٥٤ - ١٣٠١ ، وانظر أيضاً فى نفس المعنى : مارتى ورينو بند ٣٧٩ ؛ نقض (جبايى) فرنسى ١٩١٣/٢/٧ (د . ١٩١٣ - ١ - ٣٧٣) .

(١) يأخذ بهذا الشرط أيضاً : مارتى ورينو بند ٣٨٠ ؛ فلور تعليق (د . ١٩٤٥ - ٢٩٣) ؛

MAZEAUD (H) : La lésion d'un «intéret légitime juridiquement protégé» condition de la responsabilité civile . D 1954-chr P . 39 ;
JOSSERAND : L'avènement du concubinat D .H . 1932-chr-45 .

وكان القضاء فى فرنسا قد أجاز تعويض الخليفة عما أصابها من منسر فى مصلحتها بموت خليلها ، ثم تحول عن هذا الاتجاه لفترة ، ثم عاد مؤخرًا يقترب من الاتجاه الأول . راجع فى هذا التطور مارتى ورينو بند ٣٧٩ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٦٠٦ .

(٢) ومراعاة هذه الظروف ، فى تقدير التعويض « أمر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فلا معقب عليه فى ذلك » . نقض ٣٠/٤/١٩٦٤ المجموعة من ١٥ ص ٦٣١ .

(٣) انظر نقض ٨/١/١٩٧٢ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٦٨ ص ١٠٧٥ وقد جاء فيه أن تقدير التعويض من إطلاقات محكمة الموضوع مهتكية فى ذلك بكافة الظروف والملايسات فى الدعوى .

وبيان ذلك أن الفعل غير المشروع قد يلحق بالمضروب - في ضوء ظروفه الشخصية - ضرراً يفوق في جسامته ما كان ليصيب شخصاً آخر لا تتوافر فيه هذه الظروف . وعندئذ يجب على القاضي إعمالاً للنص سابق الذكر ، أن يأخذ هذه الظروف ، في اعتباره عند تقدير التعويض . فأقل عامة في ساق عذاء أو لاعب كرة قدم على سبيل المثال إنما تنزل به ضرراً لا يمكن مغالنته بعامة تصيب ساق عامل بدوي كالساعاتي مثلاً .

٨٢- ويرى جانب من الفقه المصري ، أخذاً بصريح الأعمال التحضيرية للنص سابق الذكر ، أن الظروف للملازمة التي وردت فيه ، إنما تشمل مدى جسامته خطأ المسئول ^(١) . حين ينتقد البعض الآخر ^(٢) - على العكس - هذا الاتجاه ، ويراه أمراً غير مفهوم يعد انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية واختلاف التعويض - تبعاً لذلك - عن العقوبة .

ونحن وإن كنا نقضل الانضمام إلى الاتجاه الأخير^٣ ، إلا أننا نعتقد أن الاستناد في تبريره إلى ما يقال من انفصال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ومن ثم اختلاف التعويض عن العقوبة ، هو من قبيل الاستناد إلى حجة غير حاسمة . فلا يزال للمسؤولية المدنية ، في العصر الحاضر ، دور في الزجر أو الردع مهم تلعبه ، إلى جانب دورها للتعويض الأساسي . هذا الدور هو ما يعرف اصطلاحاً بالعقوبة الخاصة La Peine Privée ، تلك العقوبة التي تجد لها تطبيقاتاً متعددة في التشريعات الحديثة . كما هو الحال - مثلاً - في الغرامة التهديدية ، وفي الشرط الجزائي ، وفي إضعاف

(١) من هذا الاتجاه : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ ، وبند ٤٠٩ ، د . عبدالمعزم البدرأوى بند ٤٥٤ د . إسماعيل غانم بند ٤٧ .

(٢) انظر : د . الصمد بند ٢٨٤ د . جميل الشرفلوى بند ١٩٤ د . عبدودود يحيى بند ٢٦ د . مصطفى للجمال بند ٢٦٨ .

التأمينات، وفي جزاء الإخلال بالالتزام بإعلان الخطر في التأمين ... الخ .
وعلى أية حال ، فإننا نسلم مع هذا الرأي الأخير ، بأنه من حيث
الواقع يأخذ القاضى - بمنطق شعوره كإنسان - مدى جسامه خطأ المسئول
فى حساباته عند تقدير التعويض ^(١) . بما يجعل من اشتراط أن يلتزم القاضى
فى تقدير التعويض قدر للضرر بصرف النظر عن مدى جسامه الخطأ ،
اشتراطاً نظرياً فى الحقيقة .

٨٣- ويبقى أن نشير فى هذا الصدد - إلى أننا لا نسلم بما ورد فى
المذكرة الإيضاحية لنص المادة ١٧٠ مدنى سابقة الذكر ، من أن الظروف
الملازمة التى يجب مراعاتها فى تقدير التعويض تشمل أيضاً - وكما يؤيد
ذلك بعض الشراح - الظروف المالية للمسئول ^(٢) . ذلك أن الحكم بالتعويض
يجب أن يكون جابراً لكل الضرر ، بصرف النظر عما إذا كان تنفيذ هذا
الحكم - بالنظر إلى الظروف المالية للمسئول - سوف يصادف صعوبة أم لا
. ويبدو أن واضع المذكرة الإيضاحية كان يضع نصب عينيه فى هذا التوسع
أن المسئول قد يكون مؤمناً على مسئوليته لدى شركة تأمين بما يسمح -
عنده - بتقدير تعويض أكبر منه فى الحالة العكسية التى يضمن فيها مرتكب
الفعل للضرر مسئوليته بنفسه . غير أن هذا النظر فى الواقع غير دقيق، إن لم
نقل أنه يتناقض مع فن التأمين نفسه ، الذى يقوم على أساس من أن شركة
التأمين إنما تتحمل عن المستأمن مسئوليته ذاتها ، بحيث لا يتحرك ضمانها
إلا بعد ثبوت مسئولية عملها ، وبقدر هذه المسئولية .

(١) انظر فى هذا المعنى د . الصده بند ٢٨ ، وكارونيه بند ١١١ ص ٤٠٨ الذى
يضيف أن القاضى يدخل فى حسابه مدى جسامه الأخطاء فى حالة قسمة التعويض بين
المسؤولين المتعدين عن الضرر .

(٢) فى هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٢٢ ويند ٤٠٩ .

٤- التعويض يقتصر على الضرر المباشر^(١)، وفي المسؤولية العقدية على ما كان منه متوقعاً^(٢):

٨٤- وإذا كان التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب على التفصيل السابق، إلا أن ذلك مشروطاً في المادة ٢٢١ منى بأن يكون الضرر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ». ويقال - تبعاً لذلك - أن التعويض - في المسؤولية المدنية بنوعها - يقتصر على الضرر المباشر فقط، أي الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ. وهو يعتبر كذلك وفقاً لذات النص « إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ».

واستخلاص السببية بين الخطأ والضرر « هو من مسائل الواقع التي يقرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير مائع »^(٣).

أما في إطار المسؤولية العقدية فإن التعويض يقتصر - فضلاً عن ذلك على الضرر المتوقع^(٤) ما لم يكن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً،

(١) انظر نقض فرنسي (جنائي) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د. ١٩٨٣. ١-ر. ١٨٢).

(٢) أما في المسؤولية التصديرية فإنه يشمل الضرر المباشر كله، متوقعاً أم غير متوقع. انظر من تطبيقات القضاء في هذا المعنى: نقض مصري ١٩٧٤/١١/١١ المجموعة السنة ٢٥ رقم ٢٠٤ ص ١٢١٠.

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١٨ المجموعة ص ١٢ ص ١٦٢٩ ومشار إليه أيضاً في: معوض عبدالنواب ص ٤٥١.

(٤) انظر نقض ١٩٦٥/١١/١١ (مشار إليه في معوض عبدالنواب) ص ٤٤٩، وقد جاء فيه: « إذا كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه، أنه، وهو بسبيل تقدير ما يستحق المطعون ضده من تعويض، اتبع المعايير التي تتطلبها -

حين يسأل عندئذ - عن كل الضرر المباشر ولو كان غير متوقع . وفي هذا المعنى جاء في المادة ٢/٢٢١ « أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب شئاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » ^(١) . على أن يلاحظ أن المعيار في توقع الضرر من عدمه هو معيار موضوعي ^(٢)، ومن ثم يخضع تقديره لقاضي الموضوع ^(٣) . وأنه لا يكفي أن يكون المدين قد أمكنه أن يتوقع الضرر في سببه ، وإنما يلزم أيضاً أن يكون بالإمكان توقعه في مدهاء (أى في قيمته) ^(٤) . وأمر تفصيل هذا القيد إنما يدرس عادة عند التعرض لركن الضرر في المسؤولية المدنية ، فيكتفى فيه بهذا القدر ، ونحيل في باقي التفاصيل إلى ذلك الموضع .

= المسؤولية العقدية ، وكان تقدير التعويض على هذا الأساس أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية ، ذلك أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر متوقع للحصول ، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره من خطأ الحكم في تقدير التعويض الذي ألزمه به على أساس المسؤولية العقدية دون التقصيرية ، فإن هذا النعى ، بفرض صحته ، يكون غير منتج ، إذ لا يتحقق به للطاعن إلا مصلحة نظرية بحته لا تصلح أساساً للطعن » .

(١) وعلى نفس النسق يجرى نص المادة ١١٥٠ مدني فرنسي .

(٢) في هذا المعنى : ستارك بند ٢٠٥٥ ، وانظر أيضاً : نقض فرنسي

(عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ (د . ١٩٣٨-١-٢٨ وتعليق ميمين) .

(٣) انظر ، من التطبيقات القضائية ، استئناف باريس ١٩٤٩/١١/٢٩

(د . ١٩٥١-٣-٣١ وتعليق روجير) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٧/٦/٢١ سابق

الإشارة .

(٤) وهذا المعنى أصبح مسلماً به في الفقه والقضاء الفرنسيين أيضاً في الوقت

الحاضر : انظر : ستارك بند ٢٠٥٥ والأحكام المشار إليها فيه .

٥- يكون التعويض بقدر الضرر مقوّمًا بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي :

٨٥- هذا ويتعين على القاضى - وفق ما استقر عليه القضاء^(١) - أن يقدّر الضرر بحسب حالته يوم صدور الحكم النهائي . فيأخذ فى اعتباره ما يطرأ على الضرر من تغير فى مداه (عناصره) أو فى قيمته حتى يسوم صدور هذا للحكم .

ويبدو أن وراء هذا الاتجاه رغبة القضاء فى محاربة ما قد يؤدي إليه انخفاض العملة من ميل لدى الممسول فى إطالة أمد النزاع عن طريق الطعن فى الحكم بكل طرق للطعن من استئناف ونقض ؛ إذا ما دام الضرر سوف يقوم بحالته يوم صدور الحكم النهائي . فلن يفيد الممسول شيئاً أن يطيل أمد النزاع^(٢) .

(١) انظر مثلاً : نقض مصرى ١٩٤٧/٤/١٧ مجموعة عير جـ ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ ، ومن القضاء الفرنسى : نقض (عرائض) ١٩٤٢/٣/٢٤ (ج . ب . ١٩٤٢ - ١ - ٢٢٤) وقد أشار أيضاً إلى استقرار القضاء الفرنسى فى هذا الاتجاه : كاربونييه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

وانظر فى تطور القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص :

MAZEAUD (L) : L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance j . c . p . 1942-1-275 .

(٢) ويؤيد الفقه أيضاً هذا الاتجاه : انظر مثلاً : د . إسماعيل غانم بند ٤٧ ؛ د . البدرأوى بند ٤٦ ؛ د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٩٣ ، ١٩٦١ بند ٦٢٢ د . جميل الشرفاوى بند ١٩ ، وفى الفقه الفرنسى انظر مثلاً : كاربونييه ، الإشارة السابقة .

(٣) فى هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) ص ٦٦٥ ، د . للبدرأوى بند ٤٦ ؛ كما يبرر البعض هذا الحل بأنه هو الذى يحقق - فى ضوء ظاهرة الانخفاض المستمر فى قيمة النقود - قاعدة وجوب التعويض للكامل للضرر . انظر كاربونييه بند ١١١ ص ٤٠٨ .

على أنه يجب أن يلاحظ أنه إذا كان الضرر قد تفاقم في الفترة ما بين وقوعه وصنوع الحكم وكان بإمكان المضرور أن يتفادى هذا التفاقم بالمبادرة إلى إصلاح الضرر على نفقته ولم يفعل ، فإن هذا التفاقم يعتبر - وفقاً للمادة ٢٢١ سابقة الإشارة - ضرراً غير مباشر لا يسأل عنه مرتكب الفعل الضار . أما على العكس إذا كان قد بادر إلى إصلاح هذا الضرر على نفقته ، فإنه يمكنه أن يرجع - بما أنفق - على المسؤول . غير أن حقه بتحدد - عندئذ - بقدر ما أنفقه فعلاً ، دون أن يكون لتغير سعر النقود في الفترة ما بين هذا الإثفاق وصنوع الحكم أي أثر ^(١) .

٦- التعويض يشمل الضرر الأبدى ^(٢) أيضاً ^(٣) :

٨٦- وعلى هذا جرى نص المادة ٢٢٢ مدنى التى قضت صراحة بأن « يشمل التعويض الضرر الأبدى أيضاً » ^(٤) .

(١) فى هذا المعنى : ليون مازو مقال ١٩٤٢ سابق الإشارة ؛ وانظر أيضاً : استئناف باريس ١٩٢٦/١٢/٢ (د . ١٩٢٧-٢-١١٧ وتعليق A. H.) ؛ وفى ١٩٣٥/٧/٣ (ج ب ١٩٣٥-٢-٦٨٢) . ويعلل مازو هذا الحكم بأن المضرور عندما لجأ إلى إصلاح الضرر بنفسه يكون قد غير من طبيعة هذا الضرر فأصبح يتمثل ، أياً كانت صورته الأصلية - فى المبلغ النقدي الذى دفعه فى هذا الإصلاح ، فلا يستحق إلا ما دفع .

(٢) والمقصود به الضرر الذى لا يصيب الذمة المالية للشخص ، انظر فى هذا المعنى ، وفى عدم دقة التعبير (ضرر أبى Préjudice morale) وفى تفضيل اصطلاح (الأضرار غير الداخلة فى الذمة المالية Dommages extra patrimoniales) ، ستارك بند ١١٣ ، جوجار (دروس مازو) بند ٤١٧ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٢/٤/٨ المجموعة السنة ٢٣ رقم ١٠٥ ص ٦٧٠ ، والأحكام المشار إليها لاحقاً فى التبند ٦٥ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ المجموعة من ١٥ ص ٦٣١ .

وجاء فى الأعمال التحضيرية - تعليقاً على هذا النص - أنه : « غنى عن البيان أن تصور الضرر الأدبى ليس فى نطاق المسؤولية التقصيرية منه . فى نطاق المسؤولية التعاقدية ... على أن ذلك لا ينفى إمكان المسؤولية عن الضرر الأدبى فى الالتزامات التعاقدية . فمن ذلك مثلاً امتناع الوديق عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة ، مع أن قيمتها المادية ضئيلة » (١) .

٨٧- ومن غير شك أن واضعى نص المادة ٢٢٢ كانوا يقصدون بالتعويض هذا التعويض المالى أو النقدى ، مادام أنه من البديهي ، ودون حاجة إلى نص خاص أن يكون بالإمكان جبر الضرر الأدبى بترضية أدبية مماثلة كاعتذار أو التكتذيب المنشور .

ويرجع حرص المشرع على وضع هذا النص إلى ما كان يثور من شك حول مدى إمكان تجبر الضرر الأدبى بتعويض نقضى ، بمقولة أن مثلاً هذا الضرر لا يعتبر خسارة مالية من جهة ، وأنه مما لا يتفق - من جهة أخرى - والمثل العليا الأخلاقية أن يقبل الإنسان ، لقاء الاعتداء على شرفه أو كرامته ، مبلغاً نقدياً ، فينزله أو ينزلها بهذا الشكل منزلة الأموال المادية . فضلاً عن صعوبة تقدير التعويض عنه (٢) . وحسناً فعل المشرع أن لم يقيم وزناً لهذه الحجج التى يمكن تنفيذها بسهولة . فأورد النص سابق الذكر ، قاطعاً فى إمكان التعويض عن الضرر الأدبى . وإن كان صدى هذه الاعتبارات يبدو - للأسف - أنه كان لا يزال يترك أثره لدى واضعى النص

(١) مشار إليها فى معوض عبداللّوالب ص/٤٥٠ .

(٢) راجع فى تفاصيل الاعتراضات التى كانت توجه ضد التعويض النقدى عن هذا النوع من الضرر ، ولارد عليها : مارتى وريزو بند ٣٨٢ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤١٩ .

فأوردوه متواضعاً حين قصروا الحق في التعويض عن الضرر الأدبى ، الذى يتمثل فى ألم المعاناة النفسية من موت العزيز ، على زوج هذا الأخير وأقاربه حتى الدرجة الثانية دون غيرهم ^{(١)(٢)(٣)} . وحين لم يجيزوا كذلك انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبى إلى الغير « إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء » ^(٤) . وهى قيود منقذة فى حقيقة الأمر ، وإن لم يكن فى هذا الموضوع تفاصيل نقدها ، فنحيل فى ذلك

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٩/١/٢٧ للمجموعة من ٢٠ ص ١٦٨ ، وقد جاء فيه أنه : « إذ نصت المادة ٢٢٢ من القانون المدنى صراحة على أنه يجوز الحكم بالتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ، وكانت الأخت تعتبر قريبة من الدرجة الثانية بالنسبة لأختها القليلة ، فإن هذه القرابة تتحقق بها المصلحة فى رفع الدعوى المدنية بصرف النظر عن كونها وارثة للمجنى عليها أم لا ، من ثم يكون للحكم المطعون فيه ، إذ قضى لأخت المجنى عليها بالتعويض المؤقت عن الضرر الأدبى الذى أصابها من جراء فقد أختها ، لم يخطئ فسى تطبيق القانون » . مشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٥١ .

(٢) لكن قصر التعويض عن الضرر على هؤلاء ، لا يحرمهم « مما لهم من حق أصيل فى التعويض عن الضرر المادى إن توافرت شروطه » . انظر نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ للمجموعة من ١٥ ص ٦٣١ .

(٣) وفى فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل - يستخلص من أحد أحكام الدائرة الجنائية بمحكمة النقض ، أن جواز التعويض عن الألم المعنوى لا يقتصر على حالة الموت ، وإنما يمكن أن يمتد إلى ما هو أدنى من ذلك ، كما هو الحال مثلاً فى الإصابة بعاهة مستديمة . انظر حكمها فى ١٩٨٣/٤/١١ (د . ١٩٨٣ - ر - ٤٠٠) .

(٤) انظر فى تطبيق قضائى لهذا القيد : نقض مصرى ١٩٧٧/١٢/٢٢ المجموعة السنة ٢٨ رقم ٣٣ ص ١١٢ .

فإذا كان المضرور قد تولى بعد إقامته دعوى التعويض ، قضى بهذا الأخير للتركة ، وقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/١١/٤ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٥٩ ص ١٣٥٩ .

إلى الموضوع الخاص بدراسة ركن الضرر في المسؤولية المدنية .

٨٨- هذا ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لا تتضمن نصاً مماثلاً للمادة ٢٢٢ مدنى مصرى ، إلا أن من المسلم به فى الفقه والقضاء الفرنسيين^(١) إمكان الحكم بتعويض نقدى عن الضرر الأبدى . بل إن المحاكم قد غالت كثيراً فى هذا الاتجاه^(٢)، حتى أنها لم تقتصر على الاعتداد بالألم المعنوى (كضرر أبدي) الناتج عن موت إنسان عزيز ، وإنما اعتدت بهذا الألم أيضاً ولو كان ناشئاً عن فقد حيوان^(٣)،^(٤) .

٨٩- وليس من شك أن مثل هذا التوسع لا يمكن الأخذ به فى مصر . فهو يصطدم بما يستخلص بمفهوم المخالفة من المادة ٢٢٢ مدنى التى تنكلم عن جواز التعويض عن الألم المعنوى فى خصوص موت الأدميين ، بل

(١) أشار لذلك ستارك بند ١١٥ ، وانظر أيضاً :

CARBONNIER : Le Silence et la gloire . D 1951-chr-119 .

نقض ١٩٥١/١٢/٢٧ (د . ١٩٥١-٣٢٩ وتعليق ديويو) ؛ نقض ١٩٥٥/١٠/١٣

(د . ١٩٥٦-س-٣٢) ؛ استتلف باريس ١٩٥٧/٤/١ (د . ١٩٥٧-٤٣٦ الدعوى

٢) . والفقه والقضاء المشار إليه فى الهوامش التالية من هذا البند .

(٢) انظر فى التكاليف على ذلك :

ESMEIN (P) : La commercialisation du dommage moral . D . 1954-chr-113 .

(٣) انظر مثلاً : نقض ١٩٦٢/١/١٦ (د . ١٩٦٢-١٩٩ وتعليق روديهيه) ،

(جـ . ك . ب . ١٩٦٢-٧-١٢٥٥٧ وتعليق لسان) « فى خصوص موت حصان .

وانظر أيضاً محكمة Caen الابتدائية (الاستئنافية) فى ١٩٦٢/١٠/٣٠ (د . ١٩٦٣-

٩٢) « فى خصوص موت كلب . وقد أسست المحكمة حكمها على أن الكلب هو أحسن

صديق للإنسان » .

(٤) ويبدو أن بعض الشراح للفرنسيين يؤيد هذا التوسع . انظر مارتى ورينو بند

٣٨١ ؛ جوجلار (دروس مازو) بند ٤٢٣ ؛ كما أيده ضمناً جورمان بند ٦٢٩ .

وتحصر دائرة من يستحقون تعويضاً عن هذا الألف في طائفة محدودة من الأشخاص . هذا فضلاً عما في مجازاة هذا التوسع من خطورة ، لما يخشى من أن يقاس على الحيوانات جميع الأشياء غير الحية ^(١) . ومن المؤكد أنه سيكون من النطرف ^(٢) أن نوحل في هذا التوسع إلى هذا المدى .

* * *

وفي ضوء الضوابط سابقة التفصيل ، تكون لقاضي الموضوع سلطته المطلقة في تقدير التعويض الذي يقضى به للمضرور ^(٣) ، لا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض مادام قد بين عناصر الضرر على نحو سليم . وتظهر هذه الساطة التقديرية بشكل أوضح على الأخص فيما يتعلق بتقدير

(١) انظر - مع ذلك - حكم محكمة جنح مارس ، فى ١٠/٤/١٩٦٦ (ج . ب ١٩٦٦-٢٩) وقد رفضت فيه أن تقضى بتعويض لصاحب سيارة عن الألف المعنوى الذى أصابه بسبب ما حدث بها من إصابات نتيجة للحادثة .

(٢) أن لم نقل « من الحماقة » . على حد تعبير ستارك . انظر . بند ١١٩ . وراجع فى محاولة للدفاع عن هذا للتوسع بالاستناد إلى أن المحاكم كانت تأخذ فى اعتبارها فى حقيقة الأمر للقيمة للشخصية للشيء فى نظر صاحبه (المضرور) ، والتي ربما تختلف كثيراً عن قيمته فى السوق :

FOULON - PIGANOL note S 1962-281 .

وراجع فى الرد على هذه المحاولة : ستارك بند ١٢٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى (جنلى) ١٩٨٢/١٢/١٣ (د . ١٩٨٣-أ - ر . ١٨٢) ؛ وفى مصر : نقض ١٩٧٧/٢/٢١ للمجموعة السنة ٢٨ رقم ٩٥ ص ٥٠٠ ؛ ١٩٧٥/٣/١٢ للمجموعة ١١٥-١١٥-٥٦٨ ؛ ١٩٧٤/٢/٢١ للمجموعة ٢٥/٢٤/٣٨٩ ؛ ١٩٧٣/٦/١٤ للمجموعة ٢٤-١٦٠-٩١٩ ؛ ١٩٧٢/٤/٨ للمجموعة ٢٣-١٠٥-٦٧٠ ؛ ١٩٧٢/٦/٨ للمجموعة ٢٣-١٦٨-١٠٧٥ ؛ ١٩٧١/٦/٢٤ للمجموعة ٢٢-١٣٥-٨٢٨ .

التعويض عن الضرر الأذى^(١) .

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

La clause Pénale

تعريفه .. وتميزه عن غيره :

٩٠- الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحق للدائن عند امتناع المدين عن التنفيذ أو التأخر فيه ، ويأخذ عادة صورة بند أو شرط في عقد ، ومن هنا جاءت تسميته . إنما لا يمنع أن يرد في اتفاق لاحق^(٢) ، بشرط أن يسبق وقوع الإخلال بالالتزام ، وإلا كان صلحاً أو تجديداً وانطبقت عليه أحكام الصلح أو أحكام التجديد ، حسب الأحوال . فهذا أو ذلك يتحددان بعد أن يصبح التعويض مستحقاً : إما لحسم نزاع بشأن تقدير التعويض (في الأول/الصلح) وإما للاستعاضة عنه بدين

(١) في هذا المعنى : كاريونيه بند ٨٩ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وفي مصر : رأت محكمة النقض ، على سبيل المثال - في إعادة بعض رجال القضاء - الذين كانوا قد عزلوا من ولاية القضاء في ظروف معينة - إلى عملهم ، تعويضاً مناسباً لهم عما أصابهم من ضرر أدنى بسبب هذا العزل . انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٥ المجموعة السنة ٢٧ رقم ٦ ص ٢٣ ، ١٩٧٥/٦/٥ المجموعة ٢٦-١٥-٥٥ ، ١٩٧٥/١٢/٢٥ المجموعة ٢٦-٢٦-٩٤ .

(٢) وعلى ذلك صراحة نصت المادة ٢٢٣ مدني . وبالمقابلة فإنه إذا ما عرِد العقد النهائي خلواً من النص على الشرط الجزائي الذي كان قد سبق أن ضمنه المتعاقدان مثلاً عقد البيع الابتدائي ، فإن ذلك يدل - والفرض أن عقد البيع النهائي هو قانون المتعاقدين - أنهما قد تخليا عن هذا الشرط . انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٠/٣/٢٦ المجموعة السنة ٢١ رقم ٨٢ ص ٥١٣ .

جديد (فى الثانى/التجديد) (٢١) .

(٤) أنظر الأعمال التحضيرية لنص المادة/٢٢٥-مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٤٥٧ .

(٢) أنظر - فى دراسة حديثة وافية (٣٩٨صفحة) للشرط الجزائى ، تتضمن نظرة جديدة لصاحبها فى بعض جوانب هذا النظام القانونى ، وبخاصة طبيعة الأدوات التى يؤدبها ، وهى ما اقتضت منه التمييز بين هذا للنظام ونظم عديدة أخرى مشابهة ، من أمثال :

Pénalité civile	- العقوبة المدنية
Le dédit	- رخصة الرجوع (أو العدول)
L'obligation pénale	- الالتزام الجزائى
L'amende	- الغرامة (الجنائية)
Le peine privée	- للعقوبة الخاصة
La clause d'indemnisation forfaitaire	- شرط التعويض الجزائى
L'stipulation de peine	- للعقوبة بالاشتراط
L'astreinte conventionnelle	- الغرامة التهديدية الاتفاقية
Les dommages-intérêts contractuels	- التعويضات التعاقدية

MAZEAUD (Denis) : la notion de clause pénale . Paris L . G . D . J . 1992 .

وتحديداً : انظر فى الشرط الجزائى فى وجهه كضمان للتنفيذ ، الصفحات من ٩ إلى ١٨٤ البنود من ١ إلى ٣٣٦ ؛ وفى للشرط الجزائى فى وجهه للعقابى ، الصفحات من ١٨٥ إلى ٣٩٥ البنود من ٣٣٧-٧٠٤ من ذلك المؤلف . وانظر فى التمييز بين الشرط الجزائى والنظم المشابهة ، الصفحات من ١٠٧ إلى ١٨٤ البنود من ١٩٤-٣٣٦ . وقد قدم لهذه الدراسة الأستاذ: شلباس CHABAS بمقدمة طويلة أثنى فيها كثيراً على شجاعة صاحبها العلمية ، ولا غرو فهو ينتهى إلى ك/لازرو .

ولعل الظروف تمكننا - فى طبعة تالية من مؤلفنا هذا - من عرض موجز لأبرز الأفكار التى تضمفتها هذه الدراسة ، وتعليقنا عليها ، فهى - بالحققة - جديرة بها . -

٩١- وفي الأعم الأغلب يحدد هذا الشرط الجزائي بمبلغ من النقود ^(١) . لكن ليس ما يمنع - وهو لا يعدو كما قدمنا أن يكون اتفاقاً مسبقاً على تقدير التعويض - أن يتمثل في شيء آخر ، طالما ارتضى الطرفان ، وبصفة خاصة الدائن ، ذلك ^(٢) .

٩٢- ولا صلة بين الشرط الجزائي والعربون ، حين تكون دلالة هذا الأخير تأكيد انعقاد العقد واحتساب مبلغه كمقدمة أو جزء من المقابل . غير أنه بفرق عنه أيضاً حتى في حالة ما إذا كانت دلالة العربون تخويل أى من المتعاقدين الحق في العدول مقابل مبلغ العربون ، وذلك لاختلاف كل منهما في طبيعته وأساسه .

فالعربون ثمن محدد للعدول لا يقبل للتعديل ويلتزم بدفعه من يريد هذا العدول دون ما نظر إلى قدر الضرر الذي ترتب عليه ، ولا يعد بعدوله هذا

= وانظر في دراسة تاريخية للشرط الجزائي في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم:

BOCCARA (B) : La reforme de la clause pénal J.C.P. 1975-1-doct-2742 No . 13, 14 .

(١) وقد رأت محكمة النقض المصرية في الاتفاق ، في شروط المزايدة ، على حق وزارة التموين في مصادرة التأمين ، والالتزام الراسي عليه المزايد بأجرة التخزين والمصاريف الإدارية ، والقوائد عند إخلاله بالتزامه ، ما يعد من قبيل الشرط الجزائي الذي يتضمن تقديراً آتالياً للتعويض ، يجوز تخفيضه طبقاً للمادة ٢٢٤ مبدئياً . انظر نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ للمجموعة السنة ٢١ رقم ١٢٤ ص ٧٦٧ .

(٢) ويمثل لذلك بعض الشراح بمؤجر الأرض الزراعية الذي يشترط على مستأجرها أن يخليها في وقت محدد وإلا صارت المزروعات الموجودة بها ملكاً للمؤجر ، تعويضاً عن عدم تنفيذ الاتفاق على الإخلاء في موعده . انظر د . جميل الشسر قاوى بند ٢٠ .

مخطئاً . حين أن الشرط الجزائي تقدير مسبق للتعويض ، يواجه مديناً مخطئاً، ويتأثر إلى حد كبير بقدر الضرر الذي لحق بالدائن .

خصائص الشرط الجزائي :

٩٣- ويتميز الشرط الجزائي بالخصائص التالية :

١- أنه التزام تابع للالتزام أصلي^(١)، مادام قوله تعويضاً اتفاقياً عن إخلال بتنفيذ التزام كان - أي هذا الالتزام - هو المقصد الأساسي للمتعاقدین . وهو بحكم تبعيته لهذا الالتزام الأصلي يزول بزواله وينتصف بأوصافه . فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً أو حكم بإبطاله^(٢) أو بفسخه^(٣)، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبي ، سقط هذا الالتزام وسقط معه الشرط الجزائي . كما أن جميع ما يلحق الالتزام الأصلي من أوصاف ، كشرط وأجل تضامن ، يلحق - بالتبعية - الشرط الجزائي .

٢- أنه التزام احتياطي . مادام لا يعدو أن يكون نوعاً من التنفيذ

(١) انظر في تطبيق لهذه الخاصية : نقض ١٩٥٠/١/١٢ في الطعن رقم ٧٨ لسنة ١٨٠٠ أشار إليه في معوض عبدالقواب ص ٥٣ وقد جاء فيه : « الشرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام ، أيضاً كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضمنه » .

(٢) في هذا المعنى نقض فرمسي (تجاري) ١٩٨٣/٧/٢٠ (د . ١٩٨٤ - ٤٢٢) .
وتعليق أوبر () .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/٤/١٨ المجموعة لسنة ٢٩ رقم ٢٠١ ص ١٠٢٠ ، وقد جاء فيه أن الشرط الجزائي هو التزام تلحق بالالتزام الأصلي ، وأن القضاء بفسخ العقد المتضمن للشرط يترتب عليه عدم الاعتداد بالتعويض المقرر بمقتضاه ، ومن ثم فإن عبء إثبات الضرر في هذه الحالة يكون على عاتق الدائن .

بمقابل يظل معه الالتزام الأصلي عابداً لا يتحول إلى تخييرى ولا بدلى ^(١) .
فما دام أن التنفيذ العيني للالتزام الأصلي ممكن فلا يستطيع أى من الطرفين
أن يختار بدلاً منه التنفيذ بمقابل عن طريق دفع قيمة للشرط الجزائى . كما
أن المدين - فى نفس المفرض - لا يمكنه أن يستبدل بالتنفيذ العيني دفع قيمة
هذا التعويض الاتفاقى ^(٢) .

٣- أنه مجرد تقدير جزائى للتعويض لا أكثر ^(٣) ^(٤) . فهو وإن كان
اتفاقاً يتعلق بالمسئولية ، إلا أنه ليس سببها ^(٥) ، ومن ثم يتعين توافر جميع

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢١١٨ ، والأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٣
مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٢ .

(٢) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٥ « فليس للسدائن أن
يستأدى هذا الجزاء وليس للمدين أن يعرض أدائه ، مادام الوفاء العيني ممكناً ، ومؤدى
ذلك أن الشرط الجزائى ليس بمنزلة التزام بدلى أو تخييرى » مشار إليه فى : معوض
عبدالتواب ص ٤٥٦ .

(٣) وفى ذلك تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٢ : « ليس الشرط
الجزائى فى جوهره إلا مجرد تقدير لتعويض الواجب أدائه » ، مشار إليه فى
معوض عبدالتواب ص ٤٥٢ ؛ ونظر فى نظرية نقدية لقصر دور الشرط الجزائى فى
ذلك ، وفى أن الشرط الجزائى وجه آخر ، عقلى ، دراسة دينيوس مازو سابق الإشارة
إليها .

(٤) لكن ذلك لا يخل بأن هذا التقدير الجزائى يؤدى درواً مهماً فى الكثير من
الأحيان كوسيلة للضغط على المدين حيث يمثل عادة لتنفيذ للترامه ولا يتأخر فى ذلك
خشية توقيع هذا الجزاء عليه . ومن هذه الزاوية يقترب الشرط الجزائى من الغرامة
التهديدية ، ولذلك يسميه البعض فى هذا المفرض « الغرامة التهديدية الاتفاقية
L'astreinte conventionnelle انظر ستارك بند ٢١١٤ »

(٥) فى هذا المعنى د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٨٧ . وانظر أيضاً الأعمال
التحضيرية للمادة ٢٢٣ وقد جاء فيها : « ليس الشرط الجزائى فى جوهره إلا مجرد =

أركان هذه المسؤولية من خطأ وضرر^(١) وعلاقة سببية^(٢). يضاف إليها شرط الإعذار الذي تقتضيه القواعد العامة كمقدمة لاستحقاق التعويض^(٣). اللهم إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا - ولو ضمناً - على الإعفاء منه^(٤). على أن يلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه من أن مجرد تضمين العقد شرطاً جزائياً لا يفيد بذاته معنى اتجاه إليه من أن مجرد تضمين العقد شرطاً جزائياً لا يفيد بذاته معنى اتجاه الطرفين الضمنية إلى الإعفاء من الإعذار. ولا تبدو من الخصوصية للشرط للجزائي إلا فيما يتعلق بعنصر الضرر: فإذا كانت

« تقدير اتفاق التعويض للوجوب أدائه، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض بل للوجوب مصدر آخر قد يكون للاتفاق في بعض الصور وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى »، مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٢.

(١) فالضرر - كما تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٣ - « هو بذاته مناط تقدير الجزاء للوجوب أدائه ». مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٢؛ ومن تطبيقات القضاء: نقض ١٩٦٨/١٢/٥ المجموعة ص ١٩ ص ١٤٩٥ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالتواب ص ٤٥٥؛ نقض ١٩٧٠/١/٣٠ المجموعة ص ١٢ ص ٧٦٧ ومشار إليه في نفس المرجع ونفس الموضع.

(٢) ويترتب على ذلك بصفة خاصة، أنه إذا كان المدين قد استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن الشرط الجزائي لا يمكن أن يطبق عليه. في هذا المعنى سترك بند ٢١١٦؛ دييوا وجوبيميه ص ٣٨٦ (وإن كنا يستدركان على ذلك بالقول: اللهم إلا إذا فسر الشرط الجزائي في معنى أنه يتضمن من جانب المدين قصد أن يتحمل المسؤولية عن الحوادث المفاجئة). وفي نفس المعنى، نفس الاستدراك، لنظر الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٣، مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٢.

(٣) في هذا المعنى سترك بند ٢١١٧، ونظر أيضاً استئناف جرينوبل ١٩٦٧/٥/٢٩ (ج.ك.ب. ١٩٦٨-٤-٣٢).

(٤) انظر في تطبيق لذلك: نقض فرنسي ١٩٧١/١/٢٢ (ج.ك.ب. ١٩٧١-٤-٤٩)، نقض فرنسي ١٩٦٩/٣/٧ (ج.ك.ب. ١٩٧٠-٢-١٦٦١) وتعليق بريور.

القواعد العامة في المسؤولية تستوجب توفر هذا العنصر ، وتوجب على الدائن الذي يطالب بالتعويض أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام والتأخر فيه قد ألحق به ضرراً ، فإن تدخل الشرط الجزائي ينقل عبء الإثبات ، إذ يفترض معه أن إخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن هذا الضرر ، حين يتعين على المدين إذا شاء التخلص من التعويض أن يثبت للعكس ^(١) . (م ٢٢٤ مدني) ^(٢) .

سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي ^(٣) :

٩٤- قلنا أن الشرط الجزائي هو تقدير مسبق للتعويض ، الأمر الذي يستوجب أن تكون قيمته متناسبة مع الضرر ، وإلا كانت له وظيفة أخرى تتجاوز مجرد تقدير هذا التعويض .

(١) وتعبيراً عن هذا المعنى ، جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن « مودى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه متى وجد شرط جزائي في العقد ، فإن تحققه يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن بإثباته ، وإنما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع .. » . نقض ١٩٨٠/٢/١٣ المجموعة لسنة ٢١ رقم ١٠٠ ص ٥٠٨ ، وفي نفس المعنى : نقض ١٩٦٧/١١/١٤ المجموعة ١٨-٢٥٣-١٦٧٦ ، ١٩٧٤/١٢/١٢ المجموعة ٢٥-٤٢٤-١٤٢٧ ، ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة ٢٤-٢٢١-١٢٧٤ ، ١٩٧٣/٤/٢١ المجموعة ٢٤-١١٥-٦٤٩ . فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه ضرر فإن الشرط الجزائي لا يستحق . انظر في تطبيق ذلك : نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ المجموعة ٢٦-٣٢٨-١٧٥٧ .

(٢) ونصها (في فقرتها الأولى ، يجرى على النحو التالي : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحق أى ضرر » .

(٣) انظر في هذا الموضوع :

ALFANDARI (E) : le controle des clause pénales par le juge j. c. p. 1971-1- avri-2395 .

فإذا كان المبلغ المحدد به يفوق بكثير قدر الضرر ، كان هذا الشرط من قبيل التهديد للمالي^(١) وتمسحب عليه حكمه^(٢) . وإن كان - على العكس - يقل بكثير عن قدر الضرر ، كان في الواقع يخفى اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها ، ووجب إخضاعه لأحكام هذا الاتفاق .

وإختلاف وظيفة الشرط الجزائي بحسب مدى تناسبه مع قدر الضرر تنعكس - في الواقع - على سلطة القاضي إزاء هذا الشرط :

فالأصل : أن يحكم القاضي بالمبلغ الذي اتفق عليه الطرفان كشرط جزائي^(٣) مادام هذا المبلغ متناسباً مع الضرر ، ولا يجوز له - في هذه

(١) في هذا المعنى : كاريونيه بند ٧٨ ؛ نقض مصري ١٦/٢/١٩٥٥ مشار إليه في معوض عبدالوهاب ص ٤٥٤ .

(٢) انظر نقض ١٦/٢/١٩٥٥ سابق الإشارة إليه ، وفيه انتهت إلى أن محكمة الموضوع « يكون لها » - في هذه الحالة - « أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقر التعويض طبقاً للقواعد العامة » . ونحن نعتقد أن الجزئية الأخيرة من الحكم مضللة ، فقد تفهم في معنى أن قاضي الموضوع يتجاهل الشرط للجزائي كلية ويحكم في الدعوى بالتعويض طبقاً للقواعد العامة بمعنى بما يساوي الضرر تماماً . حين أن الحقيقة أن القاضي لا يكون له عندئذ إلا أن يزيل ما كلن في القيمة المتفق عليها من زيادة ضخمة على قدر الضرر ، وأن يهبط بها إلى ما يجعلها متناسبة معه .

(٣) وهذا الأصل ، كلن قاعدة لا تقبل الاستثناء في المادة ١١٥٢ من المجموعة المدنية الفرنسية التي كانت تقضى بأنه إذا اتفق على شرط جزائي لإخلال المدين بتنفيذ التزامه « فإنه لا يجوز أن يقضى بأزيد من ذلك ولا بأقل » . وكانت للمحاكم من ثم تلتزم بهذه القاعدة [انظر مثلاً : نقض (عرائض) ١٩٣٣/٦/٢٦ د.أ. ١٩٣٣-٤٤٣ ؛ نقض (تجاري) ١٩٦٧/١١/٢ ر .ت. ١٩٦٩ ص ١١٦ وملاحظة شيفالييه] . كما رأى فيها الفقه تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين . وإن كان بعضه قد رأى أن الحل الأكثر عدالة هو جواز تخفيض هذا الشرط إذا كان مبالغاً فيه (في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لامور اندبيرر بند ١٠٨ ؛ بوتييه ، أشار إليه شابلن مقال ١٩٧٦ ص ٢٣٠ عمود ١) . -

الحدود - أن يراجع تقدير الطرفين ، والفرض أنهما قد قصدا بالشرط الجزائي استبعاد ملطته التقديرية .

٩٥- غير أنه يجوز ^(١) للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالتين:

١- إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه ^(٢) . ذلك لأنه - فضلاً عن اعتبارات العدالة - فإن الأعمال الصحيح لإرادة المتعاقدين ، والفرض أنهما قد حددا قيمة الشرط الجزائي ليواجه فرض عدم التنفيذ كلية ، يقتضى أن يخفض القاضي الشرط الجزائي ، وذلك بنسبة ما نفذ من الالتزام ^(٣) (م ٢/٢٤٤) .

= ثم تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ فأضاف إلى النص السابق فقرة ثانية تجيز للقاضي أن يتدخل في الشرط الجزائي بتخفيضه أو زيادته ، إذا كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة ، أو زهيداً بشكل واضح . كما عدل بنفس القانون ، المادة ١٢٣١ ، بحيث أصبح يجوز للقاضي - في حالة التنفيذ الجزئي للالتزام ، أن ينقص المبلغ المتفق عليه بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من لتنفيذ الجزئي . ولبطال ، في كل من النصين ، أى اتفاق مخالف لهما . .

(١) سلطة القاضي في التدخل جوازية ، وذلك بصريح نص المادة ٢٢٤-٢ مدنى مصرى . ونفس الأمر أيضاً فى القانون الفرنسى ، حتى بعد أن عدل المشرع المادة ١١٥٢-٢ مدنى بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ . انظر فى هذا المعنى .

CHABAS (F) : La reforme de la clause pénale (L. No. 75-597 du 9 juill. 1975) . D 1976 - chr - 229 spéc p. 234 col. 1 .

بوكارا ، مقال (ج . م . ب) ١٩٧٥ سابق الإشارة بند ٣٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٠/١/٣٠ مشار إليه فى مومض عبدالتواب ص ٤٧٥ .

(٣) وفى تطبيقها للمادة ١٢٣١ (للمقابلة للمادة ٢٢٤-٢ مدنى مصرى ، والتي تواجه نفس الفرض ، كما أنها أيضاً نص أمر) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن محكمة الموضوع لا يمكنها أن تطبق هذه المادة ، إذا كان الطرفان بنفسهما قد واجها -

٢- إذا أثبت للمدين (١) أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤/٢) (٢). فخرج الشرط بهذا الشكل عن

= تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام . نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (د ٣٣٥-١٩٨١ . وتعليق شاباس) .

ونعتقد ، من جانبنا - أن هذا القول ، على إطلاقه ، محل نظر . فهو لا يصح ، فيما نعتقد ، إلا إذا كان التقدير الاتفاقى للتخفيض بما يتناسب فعلاً وما نفذ من الالتزام ، وإلا فإذا كان الباقي من قيمة الشرط الجزائي لا يزال - بالمقارنة بما تبقى من الالتزام لم ينفذ - مبالغاً فيه لدرجة كبيرة ، فإن للقاضي بناء على طلب المدين ، أن يتدخل لتخفيض الباقي من قيمة الشرط الجزائي بما يجعله متناسباً مع ما يصيب الدائن من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الجزء الباقي من الالتزام .

(١) فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٢/١٣ للمجموعة ٣١-١٠٠-٥٠٨ ؛ ١٩٧٥/١٢/٣١ للمجموعة ٢٦-٣٢٨-١٧٥٧ ؛ ١٩٧٣/٤/٢١ للمجموعة ٢٤-١١٥-٦٤٩ .

(٢) أو على حد تعبير الأعمال التحضيرية « فلاحاً بصورة بينة » ، مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٦ ، وقران ، قولها فى موضع آخر ، وبصيغة تعميمية : « إذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشروط ، وجب إقصاء هذا المقدار » . وقران بهذا التعميم الأخير ، قضاء للنقض ، وفيه تنص سلطة للقاضى فى التدخل بالتخفيض فى الشرط الجزائي فى حالة زيادة مقداره على الضرر ، على فرض ما إذا كانت هذه الزيادة تتطوى على مبالغة كبيرة : نقض ١٩٦٨/١٢/٥ ؛ نقض ١٩٧٠/١/٣٠ سابق الإشارة إليهما ، ونظر أيضاً : نقض ١٩٨٣/٣/١٠ وقد جاء فيه : « لا كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى قد أجازت للقاضى أن يخفض مقدار التعويض الاتفاقى إذا أثبت المدين أنه كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وكانت الطاعة قد تمسكت فى مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقى مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن الحكم إذا قضى بالتعويض الاتفاقى دون أن يخرض لهذا الدفع رغم أنه جوهري قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مقبواً بالقصور » . مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٥ .

وظيفته وأصبح من قبيل التهديد المالى ؛ فعندئذ يجوز للقاضى أن يعدل الشرط الجزائى ليعيد التماسب بين الضرر ومبلغ التعويض ^(١) . ولكن لا يصح له أن يلغى الشرط الجزائى كلية ، ويعطل بذلك اتفاق الطرفين ، بأن يحكم التعادل بين هذا وذلك ، فيجعل التعويض مساوياً تماماً للضرر ^(٢) . وسلطة القاضى فى هذا الشأن تفرضها بنص أمر ، المادة ٢٢٤ مدنى ، بما يجعل كل اتفاق على ما يخالف ذلك باطلاً (م ٣/٢٢٤) .

٩٦- وتجدر الإشارة فى هذا الموضوع ، إلى أن المتعاقدين قد يعطيان للاتفاق الحقيقى على فوائد عن التأخر فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود ، صيغة الشرط للجزائى . ولما كان للقانون ، كما سنرى فيما بعد ، قد وضع حداً أقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٧% من أصل الدين ؛ فلئن ما أسمى شرطاً جزائياً فى هذه الحالة ، لابد أن يخضع لهذا التقيد ^(٣) . ومن باب

(١) ومن تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه الرخصة (بعد قانون ٩ يولية ١٩٧٥) :
انظر : نقض فرنسى ١٩٨٣/٢/٩ (د . ١٧ ملزم ١٩٨٣ Flaf D - رقم ١١) ؛
نقض (تجارى) ١٩٨٠/٧/٢١ (١٩٨١-٣٣٥ وتعليق شاباس) ؛ نقض (تجارى) :
١٩٧٩/١٠/٢ (د . ١٩٨٠ - أ - ر - ٢٩) ؛ نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ (د . ١٩٧٨-٣٤٩) ؛
نقض ١٩٧٨/١/٢٠ (د . ١٩٧٨ - د - ٢٢٩) .

(٢) ومن باب أولى ، يكون حكمه خاطئاً إذا هبط بقيمة الشرط الجزائى لما دون الضرر الذى أصاب كدائن . انظر فى تطبيق لذلك : نقض فرنسى (تجارى)
١٩٨٢/٢/٣ (د . ١٩٨٢ - أ - ر - ٢٤٠) .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٣١ المجموعة ٢٩-١٦١-١٦١-١٨٢١ ؛ نقض ١٩٧٨/٣/٢١ المجموعة ٢٩-١٦١-١٢١ ؛ وفى القضاء الفرنسى :
استئناف باريس ١٩٥٣/٥/٢٢ حكم غير منشور أشار إليه H . B . فى تعليق
(جـ . كـ . بـ ١٩٦٨-٧-١٥٣٣٤) ، محكمة جنح دنكيرك ١٩٦٣/١/٢٥ =

أولى ، لا يستطيع الدائن أن يطالب - فوق ما اعتبر شرطاً جزائياً - بالفوائد القانونية عن المبالغ التي تأخر المدين في سدادها (١) .

٩٧- أما إذا تبين على العكس ، أن إخلال المدين بالتزامه قد ألحق بالدائن ضرراً يفوق قيمة الشرط الجزائي المتفق عليه سلفاً ، فإن الأصل ، في هذا الفرض ، أن للدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ؛ إذ يعتبر الشرط ، في هذه الحالة ، في حكم الاتفاق على التخفيف من مسئولية المدين العقدية ، ومثل هذا الاتفاق ، بل والاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية كلية ، يقع من حيث الأصل صحيحاً .

لكن إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً أدى إلى مجاوزة الضرر الذي أصابه قيمة الشرط الجزائي ، جاز له - والفرض أن الاتفاق على التخفيف من المسئولية في هذه الحالة يقع باطلاً - أن يطالب بزيادة هذه القيمة لما يجعلها تعادل للضرر الذي أصابه . وعلى ذلك صريح نص المادة ٢٢٥ مدني .

٩٨- أما في فرنسا ، فلم يشترط المشرع - في التعديل الذي أدخله على المادة ١١٥٢ (بقانون ٩ يولية ١٩٧٥) - لإمكان زيادة الشرط الجزائي ، أن يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، وإنما جعل للقاضي سلطة التدخل بهذه الزيادة إذا كان للشرط الجزائي زهيداً (أو تافهاً) بشكل واضح . وفي تفسير هذا التعديل يرى البعض أنه لا يكفي أن تكون قيمة الشرط الجزائي قليلة حتى يجوز للقاضي أن يتدخل بالزيادة ، بل ولا حتى

(د . ١٩٦٣ - ٧٦) ؛ محكمة السين التجارية ١٩٦٧/١٠/٢٤ (ج . ك . ب . ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٤٥٠) .

(١) في هذا المعنى : مشترك ص ٦٢٨ هلمش ٥٨ .

قليلة جداً، وإنما يلزم أن تكون شبه معدومة (١) (٢).

المطلب الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

Les intérêts

نوعا الفوائد (الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية) :

٩٩- قد يكون محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود ، ويتأخر في الوفاء بهذا الالتزام ، بما يجعله مخطئاً خطأ يجعل من حق الدائن أن يحصل على تعويض عنه . ولما كان هذا التعويض سيكون - بدوره - مبلغاً من النقود أيضاً ، فإن تحديده ، لذلك ، إنما يتم على أساس نسبة مئوية من المبلغ محل التزام المدين . وتعرف هذه النسبة في الاصطلاح بالفوائد . وتسمى هذه الأخيرة ، في هذا للفرض ، وتعبيراً عن دورها التعويضي سابق الإشارة ، بفوائد التأخير (أو للفوائد للتأخيرية) .

١٠٠- ويقابل هذا النوع من الفوائد ما يمكن أن نسميه بالفوائد الاستثمارية أو - كما أسمتها الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ « فائدة رأس المال » (٣) . وهي بدورها نسبة مئوية من أصل دين نقدي ، ولكنها ، على

(١) انظر شاباس مقال (د ١٩٧٦) سابق الإشارة ص ٢٣٤ عمود ٢ .

(٢) انظر لى تفاصيل التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي بقانون ٩ يولية ١٩٧٥ على أحكام الشرط الجزائي : شاباس ، المقال سابق الإشارة ؛ بوكارا مقال (ج . ك . ب . ١٩٧٥) سابق الإشارة ؛ ولانظر ، من بين المحاولات التي مهدت لهذا التعديل ، محاولة :

BOCCARA (B) : La liquidation de la clause pénale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil J .C .P . 1970-1- doct-2294 .

(٣) مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٨ .

العكس تماماً من الأولى ، لا صلة لها بفكرة التعويض . فهي تمثل ، فى الواقع ، مقابلاً يرتضى للمدين مقدماً أن يدفعه للدائن نظير انتفاعه ، وخلال أجل معين ، بمبلغ من النقود يكون فى ذمته لهذا الدائن أو — كما عبرت الأعمال التحضيرية — أنها تشترط « كمقابل فى معاوضة من المعاوضات »^(١) . ومثالها الفوائد التى يلتزم المقرض بدفعها للمقرض لحين حلول الأجل المتفق عليه لسداد القرض ، أو الفوائد التى يلتزم المشتري — بثمن مؤجل — بدفعها للبائع ، ... وهكذا .

وواضح هنا أن انتفاع المدين بالأجل هو حق له ، مصدره الاتفاق ، بما يعنى أن موقفه حتى حلول هذا الأجل لا ينطوى على أى خطأ ، وأن ما يستحقه الدائن من فائدة ليس إلا مقابلاً لما منحه للمدين من أجل . بما يجعل — بالتالى — من غير للدقيق تسمية للبعض لهذا النوع من الفوائد ، بالفوائد « التعويضية »^(٢) .

طريقنا تصديد الفوائد :

(أ) التحديد الاتفاقى .

١٠١- وبديهى أن يكون بإمكان الطرفين — أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة — أن يحددا باتفاقهما المسمى نمية الفائدة التى تستحق للدائن ،

(١) مشار إليها فى المرجع السابق ، نفس الموضوع .

(٢) أطلق هذه التسمية على هذا النوع من الفوائد : د . عبدالرزاق السنهورى بند ٥٠٢ ؛ د . سمير شاغو بند ٣٠٨ ؛ ويسميتها فائدة استثمارية : د . أنور سلطان بند ٧٨ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٣٢ ؛ ويسميتها فوائد عوضية (أى عوضاً أو مقابلاً للأجل) : د . إسماعيل شامى بند ٥١ ؛ د . جمال زكى بند ٣٩١ / ويفضل تسميتها بـ « فوائد مقابل الانتفاع » . د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٦١ ؛ ويفضل تسميتها بفائدة الاستثمار . د . البدر لوى بند ٦٧ .

تأخيرية هذه الفائدة أم استثمارية . غير أن خشية المغالاة في التقدير قد دفعت المشرع - وكراهية منه للربا - إلى تحديد حد أقصى لا يجوز أن يتعداه تقدير الطرفين^(١)، وهو نسبة ٧% من أصل الدين ؛ وإلا وجب تخفيض سعر الفائدة المتفق عليها إلى هذا الحد « ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر »^(٢)، وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٢٧ مدنى . هذا النص الذى يعتبر - من حيث ما قضى به من جزاء - من أبرز تطبيقات نظرية انتقاص العقد (أو قصر البطلان) من حيث أنه لا يرتب على مجاوزة هذا الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله ، وإنما إنقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً .

وحيث إن نص المادة ٢٢٧ فيما قضى به من وجوب رد ما دفع زائداً على ٧% هو « مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق ببائز فورى من تاريخ العمل بالتقنين المدنى الحالى (فى ١٥/١٠/١٩٤٩) ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون »^(٣) .

هذا وإحكاماً للرقابة على عدم مجاوزة هذا الحد الأقصى ولو بشكل مستتر قصت الفقرة الثانية من نفس النص بأنه : « وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد

(١) وقد جاء فى الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ : « كان من أثر الإشفاق من معاطب الربا أن عمد التشريع فى أكثر الدول لا إلى تحديد سعر الفوائد التى تستحق عن التأخير فى اللوفاء فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب الفوائد .. » مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٥٨ .

(٢) ولمن يسترد هذه الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات . أنظر الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٦٧ .

(٣) نقض ١٩٦٢/١/٧ المجموعة ص ١٤ ص ٩٣٦ .

الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا يقابلها خدمة حقيقية يكون للدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة» (١).

(ب) التحديد للقانوني :

١٠٢- ويقصد به تحديد المشرع نفسه لسعر الفائدة التي قد تستحق للدائن.. وينحصر هذا الفرض في فوائد التأخير وحدها ؛ إذ لا يعقل - إذا كان الدائن بنفسه لم يقبل الربا وارضى من ثم أن يمنح للمدين أجلاً للانتفاع بالمبلغ النقدي دون مقابل - أن يفرض المشرع على المدين هذا المقابل . ومن ثم فإن الفوائد الاستثمارية لا تكون دائماً إلا فوائد اتفاقية (٢).

وحتى في خصوص فوائد التأخير ، فإن التحديد القانون لسعرها يفترض عدم وجود اتفاق بين الطرفين على تحديد هذا السعر ، وإلا طبق هذا الاتفاق مادام أنه لا يتجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً وهو ٧% . بما يعنى أن هذا النوع من الفوائد قد يكون اتفاقياً وقد يكون قانونياً . هذا السعر

(١) أما إذا كان يقابلها خدمة حقيقية ، فإنه يجوز الجمع بينها والفائدة المتفق عليها، ولو زاد مجموعها على الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة ، انظر في هذا المعنى ، وفي تطبيق لهذا الفرض : نقض ١٩٧٦/٦/١٤ للمجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٥٦ ص ١٣٤٥ .
(٢) أو - كما عبرت الأعمال التحضيرية - « فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقي » . مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٨ . وانظر - مع ذلك - حكم نقض ١٩٦٦/٢/٢٢ للمجموعة ص ١٧ ص ٣٥٧ وقد جاء فيه : « إن كانت الفوائد التعويضية (يقصد الاستثمارية) على ما يبين من المادة ٢٢٧ من القانون المدني ليس لها إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقي الذي يحدده الطرفان ، إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار السعر القانوني معبراً عن إرادتهما إذا لم يفصح الطرفان عن ذلك » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٤٦٩ .

القانونى حدده المشرع ، فى المادة ٢٢٦ مدنى بـ « أربعة فى المائة فى المسائل المدنية^(١) وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية »^(٢) .

وقد يثور فى ذهن تساؤل عن المبرر الذى يدعو المشرع إلى أن يحدد بنفسه نسبة ما يمكن أن يستحق للدائنين من فوائد التأخير^(٣) ، وعدم ترك هذا التحديد للقاضى الذى يرفع أمامه الدائن دعوى المطالبة بهذا النوع من الفوائد ، والفرض كما ذكرنا أنها لا تعدو أن تكون تعويضاً عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه .

الحقيقة — وكما أشار البعض — أن ذلك يرجع إلى خصوصية النقود من حيث تفاوت مدى إمكان الاستفادة منها تفاوتاً شديداً بين شخص وآخر ، وبالتالي تفاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على تأخير الوفاء بها من دائن لآخر . ولو أجاز لكل دائن أن يتمسك بالضرر الشخصى الذى أصابه من جراء هذا التأخير ، لأدى ذلك إلى تعقيدات يصعب على القضاء

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٢/٦/٢٥ وفيه انتهت إلى أن سعر الفائدة كان يجب أن يكون ٤% وليس ٥% (وكان النزاع يتعلق بمبالغ محكوم على مصلحة الضرائب بردها للممول) مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص ٤٦٢ .

(٢) على أن يلاحظ أن المشرع قد أباح للبنك المركزى أن يحدد سعر الفائدة التى تتعامل بها البنوك ، دون مراعاة لآلية قيود تشريعية على هذه الأخيرة . أشار لذلك : د . برهام محمد عطا الله أساسيات نظرية الالتزام ١٩٨٢ ص ١٥٠ .

(٣) وجاء فى الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ أنه : « وقد كان فى الوسع ترك أمر تحديد سعر الفوائد لتشريع خاص ، على غرار ما فعلت بعض التقنيات الأجنبية ، بيد أنه رأى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب على إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين ذاته » مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ص ٥٨٢ .

حسبها ^(١) . فرأى المشرع أن يقلل عن القضاء عناء هذه التقييدات ، فحدد بنفسه نسب هذه للفوائد .

١٠٣- ويجرى الفقه المصري ، فى عمومه ، على رأى للدكتور السنهورى ، فى أن العبرة ، فى الصفة المدنية أو التجارية هى بالمدين ^(٢) ، لا بالدائن ولا بطبيعة العلاقة القانونية ^(٣) ، ^(٤) .

وهذا الاتجاه الغالب يدعو إلى الدهشة فى حقيقة الأمر . ذلك أنه إذا كان ولا بد من أن نحدد عن عبارة نص المادة ٢٢٦ ، ولا نفسر لفظة « المسائل » المدنية و« المسائل » التجارية الواردة فيه فى معنى طبيعة العلاقة القانونية ، فقد يكون الأكثر منطقية ، فى تقديرنا ، أن تكون العبرة فى هذا الشأن بالدائن ، فذلك هو ما ينسجم وطبيعة الفوائد التأخيرية بحسبانها من قبيل التعويض . تلك الطبيعة التى أفصح عنها صريح هذا النص نفسه . ومن المسلم به أن التعويض إنما يقدر بقدر الضرر . والدائن التاجر يصيبه - عادة - من جراء تأخر حصوله على المبالغ للنقدية ضرراً أكبر مما يصيب

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورلنديير بند ١٢ ؛ ستارك بند ٢٠٩١ ؛ وقرب د . للصدى بند ٣٩ .

(٢) انظر د . عبدالرزاق السنهورى بند ٥١٢ ؛ وفى نفس الاتجاه : د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ١١٦ ، ١٩٦١ بند ٦٤٥ د . عبدالباقى بند ٦٩ د . محمود جمال الدين زكى بند ٣٩٣ د . عبدالودود يحيى بند ٣٥ د . سمير فتاوى بند ٣٠٧ .

(٣) وانظر مع ذلك د . محمد كامل مرسى (العقود المسماة ١٩٤٩ ص ٣٢٧) ، حيث يرى أن المعول عليه هو طبيعة العمل الذى استخدم فيه مبلغ الدين ، تجارياً أو مدنياً ، بشرط علم الدائن به ، وإلا فيفترض فى الدين أنه تجارى مادام المدين تاجراً .

(٤) وظاهر عبارات بعض الشراح أنه يعول على طبيعة العلاقة القانونية ، انظر د . بهرام عطا الله ص ١٥٠ ؛ كما يبدو ذلك أيضاً من ظاهر حكم لمحكمة النقض المصرية وإن لم يقطع فى هذا المعنى : انظر نقض ١٦/٤/١٩٧٩ المجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ .

— فى العادة — للدائن غير التاجر .

وقول بعض الشراح أن التحديد القانونى لسعر فوائد التأخير بالنسب سابقة الإشارة إنما هو من قبيل التقدير الجزافى الذى « خرج به المشرع على القواعد العامة التى تقضى بأن يكون التعويض مساوياً للضرر » (١) هو قول يعوزه الدليل ؛ إذ المشرع لم يفصح — حقيقة — فى معنى هذا الخروج .

صحيح أن الميل إلى جانب المدين هو الروح التى تسود أحكام المجموعة المدنية فى مجموعها ، لكن هذا الاعتبار لا يكفى وحده لتخريج حل بصطدم ومبدأ أساسى من المبادئ المسلم بها فى هذه المجموعة نفسها . وعلى أية حال ، فإنه يحسن لو أعاد للمشرع صياغة هذه المادة لتكون أكثر وضوحاً فى المعنى الذى يقصده منها فى هذا الخصوص (٢) .

القيود التى تحد من استحقاق الفوائد بنوعيتها :

١٠٤- هذا ولم يكف المشرع بحد أقصى يجب ألا يتجاوزه سعر الفائدة الاتفاقية بنوعيتها (تأخيرية أو استثمارية) وهو ٧% . وإنما تمشياً مع اتجاهه فى التكر للربا ، قد فرض على استحقاق الفوائد قَيدَين آخرين ضمنهما المادة ٢٣٢ حين قضت بأن « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال » .

وهكذا حرم الشارع الربح المركب من ناحية ، وجعل أقصى ما يمكن

(١) د . عبدالودود يحيى بند ٣٥ .

(٢) هذا ولا يتناقض ما نقول به ، مع ما سبق أن أيناؤه من مبرر تحديد المشرع بنفسه لسعر فائدة التأخير الاتفاقية (حيث تغاوت الضرر الذى يمكن أن يترتب على التأخير من دائن لآخر) . إذ يمكن القول بأن المشرع قصد أن يحدد نسبة ٥% بالنسبة لكل دائن تاجر ، ونسبة ٤% بالنسبة لكل دائن غير تاجر .

أن يحصل عليه الدائن من فوائد — من ناحية أخرى — هو المبلغ الذي يعادل رأس ماله ^(١) . غير أن النص السابق قد استثنى من هذا الحظر بنوعيه ما تقضى به القواعد والعادات التجارية حيث يجوز — عندئذ — الربح المركب وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال ، كما هو الحال — مثلاً — فى الحساب الجارى ^{(٢)(٣)} .

(١) وتظر محكمة النقض — بحق — إلى هذا الحكم بحسابه متعلقاً بالنظام العام . انظر حكمها فى ١٩٧٤/٣/٢٨ للمجموعة السنة ٢٥ رقم ٩٧ ص ٦٠٢ ، وحكمها فى ١٩٦٤/٣/٥ للمجموعة س ١٥ ص ٢٨٠ .

(٢) انظر من تطبيقات للقضاء لهذا الاستثناء ، نقض ١٩٧٦/٣/٢٩ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٥٣ ص ٧٨٨ ، نقض ١٩٦٨/٣/٥ ، نقض ١٩٦٤/١٢/٣ ؛ نقض ١٩٦٤/٤/٢ مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٧ . وقد جاء فى حكم للنقض أنه :

« متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته ، فإن باقى ثمن الأطنان المباعة المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجازرة الفوائد لرأس المال » . نقض ١٩٧٥/٢/٢٨ المجموعة س ٢٦ ص ٤١٧ ومشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٦ . كما جاء فى حكم آخر لها أنه :

« لما كان الحساب الجارى — بما له من طابع شخصى — يُقبل بوفاء العميل وتزول عنه صفته ، مما لا يجوز معه طبقاً للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضى بذلك وهو ما لم يشره الطاعن أمام محكمة الموضوع ، كما تسرى على الرصيد بعد ما أصبح ديناً عادياً محدد المقدار وحال الأداء ، الفوائد القانونية لا الفوائد الاتفاقية التى خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجارى ، وهو ما استخلصته المحكمة من واقع الاتفاق فى حدود سلطتها الموضوعية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعمى عليه يكون فى غير محله » . نقض ١٩٧٤/٥/١٣ للمجموعة س ٢٥ ص ٨٦٧ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٧ .

(٣) « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات فى مواعيد دورية ، كالأجرة — ،

والمقصود بالعادات التجارية التى تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢- وعلى ما جرى به حكم شهير لمحكمة النقض - : « هي ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل، فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون » . وتطبيقاً لذلك قضت فى هذا الحكم بأنه : « ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بقوله : « وحيث إن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمداً من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه للكامنة فيه ، ولا مرية فى أن العادة قد جرت منذ نشوء الائتمان العقارى فى مصر على لقضاء فوائد تزيد على رأس المال فى كل قرض عقارى ذى أجل طويل وهذه العادة المذكورة فى المؤلفات الاقتصادية وفى كتب القانون على أنها من أبرز العادات التجارية التى تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه فى عجز المادة ٢٣٢ - ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التى كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء » ، فإن

= والإيرادات الدائمة أو المرتبة مدى الحياة ، لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفنى الدقيق، فيجوز تجريد الأجرة والإيرادات وما إليها .. فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء » . الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٢ مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٤ .

هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه^(١) .

١٠٥- كذلك يقف - فى مادة البيع الجبرى - سريان الفوائد على المدين من تاريخ رسو المزداد وذلك إعمالاً لما تقضى به المادة ٢٣٠ من أنه « عند توزيع ثمن الشئ الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزداد لفوائد تأخير عن الأئصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه للمزداد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها . على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزداد أو خزانة للمحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

ويهدف هذا القيد الأخير - كما ورد فى المذكرة الإيضاحية - إلى العدل بحقوق المدين من ناحية وإلى المساواة بين الدائنين فى مواجهة الراسى عليه المزداد من ناحية أخرى ، فلو لا هذا القيد لتحمل المدين تبعه البطء فى إجراءات التوزيع بتراكم الفوائد عليه مع أنه غير مسئول عن هذا البطء . ولولاه أيضاً لأضرار الدائنون العاديون أو للمقيدين المتأخرون فى الترتيب بالنظر إلى أن استمرار سريان الفوائد عن حقوق الدائنين المقيدين السابقين فى الترتيب طيلة المدة التى تستغرقها إجراءات التوزيع سوف يترتب عليه أن تتضخم نسبة ما يستحقونه فى قسمة الغرماء للثمن الذى رسا به المزداد وذلك على حساب الدائنين العاديين أو التاليين فى الترتيب ، الذين سوف تنقص - بالمقابلة - نسبة ما يستحقونه أو حتى لن يتبقى لهم شئ .

(١) نقض ١٩٦٢/١/٢٧ المجموعة س ١٤ ص ٩٤٦ ومشار إليه أيضاً فى معوض

عبدالتواب ص ٤٧٥ .

شروط استحقاق فوائد التأخير :

مسألة أولية : استبعاد شرط إثبات الضرر ^(١) :

١٠٦- نفترض فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود وذلك بصرف النظر عن مصدره . فإذا ما تحقق هذا الفرض فإنه لا يشترط لاستحقاق هذه الفوائد ثبوت ضرر يلحق للدائن من جراء تأخر المدين في سداد هذا المبلغ . وعلى هذا يجري صراحة نص للمادة ٢٢٨ التي تقضى بأنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » ^(٢) . ويجد هذا الاستبعاد تبريره في خصوصيات الالتزام بمبلغ من النقود حيث يفترض دائماً أن يصيب الدائن ضرر من جراء تأخر المدين في السداد ، إن لم يكن في خسارة لحقته فعلى الأقل في كسب ضاع عليه هو مقابل استثمار هذا المبلغ . غير أن افتراض الضرر في فوائد التأخير الاتفاقية لا يجعلها - مع ذلك - مجرد تطبيق محض لفكرة الشرط الجزائي ، لأن افتراض الضرر في هذا النظام الأخير افتراضاً يقبل إثبات العكس حيث يكون بإمكان المدين أن يتحلل من دفع قيمة الشرط الجزائي إذا استطاع أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر من جراء التأخر في تنفيذ الالتزام ، حين أن افتراض الضرر في فوائد التأخير الاتفاقية

(١) وانظر في معنى استبعاد شرط ثبوت خطأ المدين أيضاً ، الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٨ حيث جاء فيها : « مع أن فوائد التأخير ليست على وجه الإجمال إلا صورة من صور التعويض ، إلا أنها تستحق دون أن يلزم للدائن بإثبات خطأ المدين .. » ، مشار إليه في معوض عبداللّوالب ص ٤٧٠ .

(٢) ويجرى على نفس النسق نص المادة ١١٥٣ فقرة ٢ مدني فرنسي (المعدلة بقانون ٧ يناير ١٩٥٩) .

هو - بالمقابلة - افتراض لا يعيل إثبات العكس ^(١) .

١٠٧- فإذا ما كان استبعاد شرط إثبات الضرر على نحو ما تقدم ، فإنه يمكن بعد ذلك تلخيص شروط استحقاق فوائد التأخير وذلك على النحو التالي :

١- المطالبة القضائية بالفوائد :

١٠٨- تشترط المادة ٢٢٦ مدني لاستحقاق الدائن لفوائد التأخير ، رفع دعوى للمطالبة القضائية بها . ولا تسرى هذه الفوائد إلا من تاريخ هذه المطالبة . وفي هذا الشرط خروج على القواعد العامة التي تجعل المدين مسؤولاً عن التأخير من تاريخ اذاره ^(٢) . وينطلق هذا الخروج من كراهة

(١) في هذا المعنى . د . السنهوري بند ٥٠٦ ؛ نقض ١١/٦/١٩٦٤ للمجموعة ص ٨٢٨ .

(٢) ويخالف القانون المصري في هذا الشرط ، القانون المدني الفرنسي الذي يجعل فوائد التأخير تسرى من يوم الإعذار (م ١١٥٣-٣ معدلة بقانون ١١ يولية ١٩٧٥) . وانظر في تطبيق لذلك : نقض فرنسي (تجاري) ١٩٨٠/٧/٢١ (د . ١٩٨١-٣٣٥ وتعليق شاباس) . ويرى بعض الشراح أن استلزام النص سابق الإشارة (قبل تعديله) رفع دعوى قضائية حتى تسرى الفوائد ، لم يكن له من مبرر انظر : ديبيو وجوديمييه ص ٣٩٠ .

وقد جاء في الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ ، تعليقاً على جعل المشرع مبدأ سريان الفوائد من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ الإعذار ، قولها : « وعلى هذا النحو ، فصل المشرع في مسألة اشد الخلاف بشأنها في القضاء المصري ، واختار حكماً يتجلى فيه أثر التكرار للربا . وتقريباً على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخر إذا كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة أو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة « مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ص ٥٨٢ .

المشرع لفكرة الربا ^(١) . ولا يكفي في هذا الشأن أن يطالب الدائن بأصل الدين ، أو بعبارة أخرى بتنفيذ الالتزام ، فالقوائد لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات ^(٢) .

ويتفرع على هذا الشرط أن فوائد التأخير لا تستحق للدائن إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ^(٣) ، أو كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة غير مختصة ^(٤) ، أو كان قد اعترض سريان الخصومة ترك أو سقوط ، أو كانت قد انقضت بالتقادم . ذلك أن صحيفة الدعوى في هذه الأحوال وإن قامت مقام الإعذار ، إلا أن هذا الأخير - كما سبق أن ذكرنا - غير كاف لاستحقاق فوائد التأخير .

ويثور في الذهن تساؤل عن الحكم فيما لو كان الدائن لم يطلب في عريضة دعواه إلا أصل الدين وحده دون فوائده ، فهل يجوز له أن يطلب أثناء نظر الدعوى للقوائد بدءاً من وقت رفعها؟ . البعض في الفقه يجيز له ذلك ^(٥) ، فيما يستخلص من حكم لمحكمة النقض المصرية أنها لا تأخذ بوجهة النظر هذه ، فقد قضت في فرض تعديل المدعى لطلباته التي كان قد ضمنها صحيفة افتتاح الدعوى ، بأن القوائد تمرى من تاريخ رفع الدعوى بالنسبة للمبلغ المطالب به في صحيفة افتتاحها ، واعتباراً من تاريخ تعديل الطلبات

(١) أو - كما عبرت الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٦ « نشياً مع النزوع إلى مناهضة الربا واستكراه » ، مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٥٨ .
(٢) انظر الأعمال التحضيرية المشار إليها في الهامش السابق . ومن تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، انظر : نقض ١٩٦٤/١٢/٣ المجموعة من ١٥ ص ١٢٤٩ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالتواب ص ٤٦٥ .

(٣)،(٤) في هذا المعنى : الأعمال التحضيرية سابق الإشارة إليها .

(٥) في هذا المعنى : د . أحمد حشمت أبو ستيت بند ٦٠٨ .

فيها بالنسبة لما جاوز هذا المبلغ ^(١) . ونحن ننضم لوجهة النظرية الأخيرة ، بحسبانها أكثر تمثيلاً مع الروح للعلامة التي تسود ما وضعه المشرع من أحكام بخصوص الفوائد ، وهي كراهية الربا .

١٠٩- غير أن نص المادة ٢٢٦ سابقة الإشارة قد استثنى من شرط المطالبة القضائية بالفوائد ، فرض ما لو جرى تحديد تاريخ آخر لسريانها بموجب الاتفاق أو العرف التجارى أو نص القانون .

فيغلب أن يجرى الاتفاق الذى يحدد سعر الفائدة الاتفاقية على أن تستحق هذه الفوائد للدائن من وقت حلول أجل الوفاء بالالتزام . ويجرى العرف التجارى فى الحساب الجارى على استحقاق الفوائد من تاريخ الخصم أو الإضافة . كما أن هناك من النصوص التشريعية ما يحدد وقتاً آخر لسريان الفوائد التأخيرية ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٣/٨٠٠ من أن يكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . وما تقضى به المادة ٤٥٨ ، من أنه « لاحق للبايع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر للمشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

٢- أن يكون مبلغ الدين الذى تستحق عنه الفوائد ، معلوم المقدار وقت الطلب :

١١٠- وليس يقصد بهذا الشرط - الذى يجرى عليه صراحة نص المادة ٢٢٦ مدنى - أن فوائد التأخير لا تسرى إلا إذا كان هذا الدين خالياً من النزاع وقت المطالبة القضائية . ولا يعقل أن يكون ذلك هو قصد

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ .

المشرع؛ لأن فهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد رهناً بمحض مشيئة المدين^(١)، الذي يكفيهِ للحيلولة دون سريانها أن ينازع في هذا الدين ، ولو في جزء منه^(٢) .

كذلك ، فإن من غير المنطقي أيضاً فهم هذا الشرط في معنى أن الدين يكون معلوم المقدار وقت الطالب لمجرد أن الدائن حدد مبلغه في صحيفة دعواه^(٣) . ففهمه على هذا النحو يجعل سريان الفوائد هذه المرة رهناً بمحض مشيئة الدائن^(٤) .

(١) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ د . إسماعيل غانم بند

٥٦ .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى : جاء في حكم لمحكمة النقض أن « المنازعة في المبلغ المطالب به ، كله أو بعضه ، ليس من شأنها اعتبار المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب . وإذا كانت منازعة الطاعة في استحقاق المبلغ المطالب به ، وطرح الأمر على لجنة فض المنازعات ، وتنب خبير لتحديد المبلغ المستحق ، ليس من شأنها أن يكون المبلغ غير معلوم المقدار وقت الطلب ، فإن الحكم المطعون فيه ، إذ أسند تاريخ استحقاق الفوائد إلى يوم المطالبة القضائية ، ملتزماً في ذلك حكم المادة ٢٢٦ .. لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون » . نقض ١٩٧٨/٦/٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٧٣ ص ١٤١١ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٦/٦/١٤ المجموعة ٢٧-٢٥٧-١٣٥٢ .

(٣) وقد فهمه الدكتور السهوري ، على ما يبدو ، في هذا المعنى ، واستخلص من ذلك أن هذا الشرط ليست له أهمية عملية لأن « الدائن يقرر حتماً عند المطالبة المبلغ الذي يطالب به » . انظر بند ٥٠٥ .

(٤) في هذا المعنى د . سليمان مرقس ، ١٩٦١ بند ٦٤٠ ، وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن التعويض المستحق للمالك مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة لا تستحق عنه الفوائد إلا من تاريخ الحكم لانهائي . ولا يغير من ذلك « تقدير الجهة نازعة الملكية للتعويض » وعرضه على المالك ، طالما لم يقبل الأخير هذا التقدير . حكم ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة للسنة ٢٧ رقم ٢٦٤ ص ١٣٨٧ .

إنما يقصد به ، فى الحقيقة ، ضرورة أن تتوافر من الأسس لتحديد مقدار هذا الدين ما لا يبقى معه لقاضى الموضوع سلطة واسعة فى التقدير ^(١) . وهو ، على هذا النحو ، يكون شرطاً مفهوماً ومبرراً ؛ لأن من غير العادل ، فى الحقيقة ، أن يتحمل المدين تبعة ما يقتضيه التقدير القضائى لمقدار الدين - فى الحالات التى لا تتوافر فيها هذه الأسس - من وقت وإجراءات ، لا يد له بالفرض فيهما . حيث تقتضى العدالة فى هذه الحالة ، ألا تبدأ الفوائد فى السريان على عاتق المدين من يوم رفع الدعوى ، وإنما من يوم صدور الحكم فيها . هذا الحكم الذى يتحدد به مقدار الدين . ويكون ، من ثم ، من أبرز أمثلة للنبيون التى لا تسرى عنها الفوائد إلا من يوم صدور الحكم ^(٢) لعدم معلومية مقدارها وقت الطلب ، على التحديد السابق ، ديون

(١) وقد استقر قضاء محكمة النقض على هذا المفهوم ، فقد جاء فى العديد من أحكامها أن « المقصود بمحل الالتزام معلوم للمقدار هو - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة ، لا يكون معها للقضاء سلطة فى تقديره » . انظر : نقض ١٦/٤/١٩٧٩ للمجموعة السنة ٣٠ رقم ٢٠٧ ص ١١٨ ؛ ٢٣/٢/١٩٧٧ للمجموعة ٢٨-٩٧-٥١١ ؛ ١٤/٦/١٩٧٦ للمجموعة ٢٧-٢٥٧-١٣٥٢ ؛ ٣٠/١٢/١٩٧٦ للمجموعة ٢٧-٣٤٠-١٨٥٧ ؛ ٥/٢/١٩٧٤ للمجموعة ٢٥-٤٨-٢٨٥ ؛ ٣/٤/١٩٧٠ للمجموعة ٢١-١٢٤-٧٦٧ .

(٢) بافترض أن المضرور كان قد طالب بالفوائد أيضاً مع المطالبة بالتعويض . أما إذا لم يكن قد طالب بها ، فإنه ، بعد صدور الحكم بالتعويض ، ومن ثم تحديد مقداره ، يستطيع أن يرفع بها دعوى جديدة ، حيث يستحق للفوائد عندئذ من تاريخ رفع هذه الدعوى الجديدة . فى هذا للمعنى أيضاً : د . السنهورى بند ٥٠٥ ، د . البدرأوى بند ٧٢ ، وقرب د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٤٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى ص ١١٣ هامش ١ ، وقارن ، عكس ذلك ، وأن المضرور يستحق فوائد التأخير ليس من تاريخ رفع الدعوى الجديدة بالمطالبة بها ، وإنما من وقت الحكم فى الدعوى الأصلية (دعوى التعويض) ، وذلك تأسيساً على أن الإعفاء من الإعذار فى حالة ما إذا كان محل =

التعويض عن الضرر الذى يصيب الدائن من فعل غير مشروع، حيث السلطة الواسعة لقاضى الموضوع فى التقدير، وعلى الأخص بالنظر لما يتعين عليه أن يضعه فى اعتباره من الظروف للملابسة، عند تقديره لهذا التعويض، طبقاً لما تقضى به المادة ١٧٠ مدنى^(١)، وكذلك، دين التعويض الذى يستحق للمالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة^(٢). وبالمقابلة، فإن تحديد المبلغ الذى تنفذ به الوصية مثلاً، إنما يقوم على أساس ثابت لا تقدير للقاضى فيه. ومن ثم تستحق عن هذا المبلغ فوائد

= الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (طبقاً للمادة ٢٢٠ ب) يتضمن الإغناء من المطالبة القضائية بالفوائد، وهى - أى المطالبة - ليست إلا إغداً من نوع خاص. د. إسماعيل غانم بند ٥٦ ص ١٤٠ وهامش ٢.

(١) بل يبدو من الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٢٦، أن المشرع كان يقصد بشرط معلومية المقدار وقت الطلب أن يمنع بالذات «سريان الفوائد عن المبالغ التى يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع». لنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٧٩، ص ٥٨٠.

(٢) ولما كانت المادة ٢/٧٠٩ تقضى بأن الاتفاق على أجر الوكالة - على خلاف تبرعيتها أصلاً - يكون خاضعاً لتقدير القاضى، فقد استخلصت من ذلك محكمة النقض، فى أحد أحكامها، أن فوائد أتعاب المحامى المتفق عليها قبل تنفيذ الوكالة، إنما تسرى من تاريخ الحكم النهائى بهذه الأتعاب، حكم ١٩٧٤/٢/٥ للمجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٨، ص ٢٨٥.

(٣) لنظر نقض ١٩٦٤/٦/٢٩ المجموعة ص ١٥ ص ٨٧٨، وقد جاء فيه:

«ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضاً عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة. وهذا التعويض هو مما يكون للقاضى سلطة واسعة فى تقديره، فإن تحديد المالك ما يطلبه فى صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذى يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصور الحكم النهائى فى الدعوى»، ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٦٥.

للتأخير من وقت المطالبة القضائية به . حتى ولو كانت التبركة « التي ينفذ الموصى به من ثلثها . غير معلومة المقدار على وجه قاطع » (١) .

كذلك ، قضى بأن : « الاحتجاج بأن المبالغ التي يقضى على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها (فحكمها هو حكم التعويض المقضى به عن عمل غير مشروع والذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بالمادة ٢٢٦ مدني) هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ، ذلك بأن ملطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر للضرر ومنها طول أمد التقاضي مما يغني المدعي عن طلب فوائد التأخر عن مبلغ التعويض . فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر تطبيقاً للمادة ٢٢٦ غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لا تصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلة في ذلك واضحة مما سبق

(١) انظر حكم نقض ١٩٦٢/٦/٢١ المجموعة السنة ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٣٧ .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٧/٢/١٦ المجموعة ص ١٨ ص ٧٠٦ وقد جاء فيه : « متى كان الإيداع الحاصل من الطاعن مشروطاً بعدم صرف المبلغ المودع إلى المطعون ضدهم قبل الفصل في جميع المنازعات القائمة بينهم وبينه بشأن الوصية ، فإن الإيداع لا يبرئ ذمته من المبلغ المودع ولا يحول دون سريان الفوائد من تاريخ استحقاقها قانوناً ، إذ من شأن الشرط الذي اقترن به هذا الإيداع استحالة حصول المطعون ضدهم على ما يخصهم في المبلغ المودع قبل الحكم نهائياً في الدعوى التي رفعوها بطلب الموصى لهم به وبالتالي حرمانهم من الانتفاع به طوال نظرها أمام المحكمة ، ومن ثم بحق لهم طلب للفوائد عن المبلغ المقضى لهم به .

والمال الموصى به يستحق على التبركة من تاريخ وفاء الموصى ، فيلتزم الوارث الذي يتأخر في الوفاء به للموصى له بفوائد التأخير عنه من تاريخ المطالبة القضائية عملاً بالمادة ٢٢٦ من القانون المدني » . ومشار إليه أيضاً في : معوض عبدالتواب ص ٤٦٥ .

بيانه . ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول ردّ ما أخذ منه بغير وجه حق، ذلك أن المطعون عليها حدثت في عريضة دعواها المبلغ السيّد طالبت مصلحة الضرائب برده على أساس أنها حصلته منها بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » (١) .

كما قضى بأنه : « متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامي بالمبلغ الذي قدرته له مقابل الأعمال التي باشرها لمصالح موكله ، قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد أسباباً تبرر هذا الرفض ، فإن حكمها يكون مشوباً بعيب القصور ، ذلك أن الفوائد في صورة الدعوى إنما هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بنفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي كانت قائمة بين الطرفين ، وهي تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى » عملاً بالمادة ... ٢٢٦ من القانون المدني الجديد (٢) .

وقضى أيضاً بأنه يدخل في نطاق المبلغ النقدي للمعلوم المقدار وقت الطلب « مقابل الإجازة ، وبذل الإنذار ، ومكافأة نهاية الخدمة ، إذ هي محدّدة بمقتضى قانون عقد العمل للفردى وليس للقاضى سلطة تقديرية في تحديدها وبالتالي فهي لا تعتبر في حكم التعويض » (٣) .

(١) نقض ١٩٥٣/٦/٢٥ ، في الطعون أرقام : ٤٠٩ لسنة ٢١ ق ، ١١٢ لسنة ٢١ ق ، مشار إليهما في معوض عبدالنواب ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ .

(٢) نقض ١٩٥٥/٦/١٦ الطعن رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ لسنة ٢٢ ق ، مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٤٦٤ .

(٣) نقض ١٩٦٤/١/٨ المجموعة ص ١٥ ص ٣٨ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالنواب ص ٤٦٥ ، ونظر أيضاً وفي نفس المجال : نقض ١٩٦٨/٣/٢٠ المجموعة ص ١٩ ص ٥٥١ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالنواب ص ٤٦٦ .

٣- أن يكون المدين قد تأخر فى سداد الدين الذى رفعت الدعوى للمطالبة به وبفوائده :

١١١- وتشترط المادة ٢٢٦ مدنى لمريان فوائد للتأخير ، فضلاً عن ضرورة أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، أن يتأخر المدين فى الوفاء به . وهو شرط بديهى فى الحقيقة ، مادام أن فوائد التأخير لا تعدو أن تكون من قبيل التعويض ، الذى يفترض حتى يستحق ، خطأ ينسب إلى المدين . كل ما فى الأمر أن التأخير إذا كان يحسب على المدين فى القاعدة العامة من تاريخ إعداره ، إلا أن الفوائد لا تستحق للدائن - على العكس - إلا من وقت لاحق ، وهو تاريخ المطالبة القضائية بها .

* * *

١١٢- فإذا كانت هذه الشروط جميعاً متوافرة فى النزاع المطروح على المحكمة ، فليس للمحكمة أن تقضى برفض طلب للفوائد (١) . هل يمكن أن تستمر الفوائد الاستثمارية ، بعد حلول الأجل ، كفوائد تأخيرية ؟

١١٣- ويرى بعض الشراح أنه إذا ما حل الأجل الذى اشترطت

(١) انظر نقض ١٩٣٦/٣/١٩ مشار إليه فى معوض عبدالقواب ص ٤٥٩ . وقد جاء فيه :

« إذا قضت محكمة الاستئناف برفض طلب فوائد المبلغ الذى حكمت به للمدعية ولم تعلق هذا الرفض ولم يكن فى الأسباب الأخرى للحكم ما يمكن أن يستخلص منه ضمناً علة للرفض ، فإن هذا الحكم يكون محيياً من ناحية قصوره عن تسبب هذا الجزء من منطوقه ويتعين نقضه فيما يتعلق بهذا الجزء » .

الفوائد الاستثمارية كمقابل لانقاع المدين بالمبلغ النقدي خلاله ، ولم يسدد المدين هذا المبلغ للدائن ، فإن هذه الفوائد تتحول إلى فوائد تأخير ، وتستمر في السريان ، لحين السداد ، بنفس سعرها الذي كانت محددة به اتفاقاً^(١) .
فيما نرى ، مع البعض الآخر ، أن الفوائد الاستثمارية تتوقف عند حلول أجل الوفاء بالدين ، وأنه ما لم يوجد اتفاق مسبق على استمرارها كفائدة تأخرية فلا بد من المطالبة القضائية لكي تسرى هذه الأخيرة ، وبسعرها القانوني دون نظر إلى القدر الذي كانت لفائدة الاستثمارية قد تحدثت به^(٢) .

الحالات التي يجوز فيها ، قانوناً ، عدم التقيد بحدود فوائد التأخير :

الحالة الأولى : سوء نية الدائن (وسلطة القاضي في خفض الفوائد أو عدم القضاء بها) :

١١٤- ورد النص على هذا الاستثناء في المادة ٢٢٩ مدني حين قضت بأنه : « إذا تسبب للدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض للفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

ويواجه هذا النص فرض ما لو بدا للدائن أن من مصلحته عدم وفاء المدين بالتزامه كي يستمر ، لأطول فترة ممكنة ، سريان الفوائد التأخرية عليه . وهو ما يتصور عملاً حين يكون سعر الفائدة في السوق منخفضاً عن السعر الذي تسرى به الفوائد في العلاقة فيما بينهما . فيعمد ، في سبيل

(١) من هذا الرأي : د . السنهوري بند ٥٠٩ ، د . الصده بند ٣٦ ، د . أنور سلطان بند ٧٨ / د . البدرابي بند ٦٧ ، وقرب د . محمود جمال الدين زكي بند ٣٩١ .
(٢) من هذا الرأي : د . أحمد حُضَيْمْتُ أبو سفيث بند ٦٠٦ ، بلاتيسول وريبير ، أشار إليهما د . أنور سلطان ص ٨٦ هامش ٧ . وضمناً العمال التحضيرية للمادة ٢٢٧ .

ذلك ، إلى إطالة أمد النزاع . كأن يعمد إلى إنكار توقيعه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين حتى يضطر المدين إلى إتباع إجراءات تحقيق الخطوط ، أو يلجأ إلى دفع غير جدية .. الخ ^(١) . فإذا استطاع المدين إقامة الدليل على أن النزاع قد طال دون مبرر ، وأن الدائن كان سيء النية في ذلك ، جاز للقاضي أن يخفف الفوائد أو حتى ألا يقضى بها كلية ، وذلك فقط عن المدة التي طال فيها هذا النزاع ^(٢) .

وقضى - في هذا الشأن - بأنه « لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ .. وقوع خطأ من الدائن في مسئلة في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إيداء الدائن دفاعاً يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيء النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدى وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين » ^(٣) .

وتجدر الإشارة إلى أن إعمال نص المادة ٢٢٩ سابق الذكر ، « لا يستلزم رفع خصومة إلى القضاء ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل في بطنها » . على أنه - بالمقابلة - فإن « انتفاع

(١) وفي تطبيقها لهذا النص ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكفي لجوء الدائن في المطالبة بحقه إلى إجراءات لا طائل من بطنها . انظر في تطبيق ذلك : حكم ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة لسنة ٢٤ رقم ٣٠ ص ١٦١ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٤/١٠/٢٢ المجموعة س ١٥ ص ٩٨٧ .

(٣) نقض ١٩٦٩/٧/٣ المجموعة س ٢٠ ص ١١٠١ . وانظر من تطبيقات القضاء لحالة عدم ثبوت سوء نية الدائن : نقض ١٩٧٣/٢/٨ المجموعة س ٢٤ ص ١٦١ .

المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن» (١) .

ويمكن في الحقيقة تخريج الحكم المقرر بالمادة ٢٢٩ على أساس من فكرة الخطأ المشترك التي نصت عليها المادة ٢١٦ مدني حين قضت بأنه : « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه » .

الحالة الثانية : سوء نية المدين (وحق الدائن في المطالبة بتعويض تكميلي) :

١١٥- ورد النص على هذا الاستثناء في المادة ٢٣١ التي قضت بأنه : « يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد . إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز للفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية (٢) .

ويمكن أن تمثل لهذا الحالة بفرض ما لو كان المدين يعرف أن الدائن بصدد إبرام صفقة رابحة بالنسبة له ، يتوقف أمر إبرامها على حصوله على حقه من المدين ، فيعتمد هذا الأخير إلى تأخير المداد قصد تقويت هذه الصفقة عليه ، فتفوت فعلاً ، في هذه الحالة يكون لقاضي الموضوع أن يحكم بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، بالشكل الذي يراه كافياً لجبر هذا الضرر ، غير متقيد في ذلك بالقواعد التي نصت عليها المادة ٢٢٦ ؛

(١) الأعمال التحضيرية للمادة ٢٢٩ مشار إليها في معوض عبدلنواب ص ٤٧١ .

(٢) ويقابل هذا النص في فرنسا المادة ١١٥٣-٤ مدني . وإن كانت حرفية

صياغتها تشترط أن يكون للضرر الذي أصاب الدائن ، من سوء نية المدين ، ضرراً مستقلاً عن مجرد التأخير .

شرطية أن يثبت الدائن هذا الضرر وسوء النية من جانب للمدين (١).

وقد جاء في حكم للنقض - تطبيقاً للمادة ٢٣١ - أنه « يشترط للحكم بالتعويض التكميلي بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توافر أمرين ، أولهما حدوث ضرر استثنائي به لا يكون هو الضرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر . وإذا كان الثابت أن للطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرها ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلي يكون صحيحاً

(١) وقد اشترطت محكمة النقض المصرية ، في أحد أحكامها ، للقضاء الدائن بتعويض تكميلي إعمالاً للمادة ٢٣١ ، فضلاً عن سوء نية المدين ، أن يكون الضرر الذي أصابه استثنائياً . وفي تقديرنا أنها إذا كانت تقصد بهذه الصفة ضرورة أن تكون مجاوزة الضرر قيمة الفوائد مجاوزة صراحة ، فليها تكون بذلك قد فرضت على النص قيداً لم يقل به المشرع .

أما القضاء الفرنسي فإنه يتوسع ، على العكس ، في تطبيق المادة ١١٥٣-٤ ، ويفسر سوء نية المدين في معنى واسع ، مشبهاً به خطؤه المتميز La Faute caractérisée (أشار لهذا الاتجاه مستارك بند ٢٠٩٦) . كما يؤكد الفقه الفرنسي ، بدوره أن سوء النية التي يتكلم عنها هذا النص لا تعني بالضرورة قصد الإضرار بالدائن « فيكون سبب النية من يرفض أن ينفذ التزامه حين يكون قادراً على ذلك » .

«être de mauvais foi, c'est refuser d'exécuter alors que l'on est en mesure de la faire» J-MAZEAUD note D 1969 - 601 .

وبالمقابلة ، اشترط مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق هذا النص على الإدارة ، أن يكون سوء النية في جانبها مطرداً systématique انظر حكم في ١٩٥١/٧/٢٨ (من ١٩٥٢-٣-٢٥ دعوى ١١ وتعليق ماتيو) .

فى القانون » (١).

ويمكن تخريج هذا الحكم ، بدوره ، على أساس من أن حرمان الدائن من التعويض التكميلى فى هذه الحالة إنما يعتبر بمثابة إعفاء للمدين من مسؤوليته عن سوء نيته ، وهو أمر غير جائز (٢)(٣).

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة من ٢٧ ص ١٨٥٧ .

(٢) فى هذا المعنى أيضاً ، الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣١ مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٣ . وانظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦١/٦/٢١ المجموعة من ١٢ ص ٥٦١ .

(٣) ويرى هذا بعض الشراح للفرنسيين أن الزيادة التى يحكم بها القاضى فى هذه الحالة لا تعد من قبيل الفوائد التأخرية ، إنما هى تعوض حقيقى . انظر : ستارك بند ٢٠٩٥ .

الفصل الثالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ

ووسائل الضمان^(١)

تمهيد : فكرة الضمان العام - تقسيم :

١١٦- بعد أن اختفى تقريباً في العصر الحديث نظام الإكراه البدني أصبح لا يكفل حقوق الدائنين في مواجهة مدنيهم إلا أموال هذا المدين . ويقال تعبيراً عن هذا المعنى أن للدائنين ضماناً عاماً على جميع أموال مدنيهم . وقد عبرت عن مبدأ هذا الضمان وأبرزت وجهى العمومية فيه المادة ٢٣٤ مدني ، حين قضت بأن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون »^(٢).

(١) استخدمنا نفس العبارة التي عاون به المشرع للفصل الثالث من الباب الثاني الخاص بأثار الالتزام ، حيث عرض لكل من : للدعوى غير المباشرة ، والدعوى البوصية ، ودعوى الصورية ، تحت عنوان وسائل التنفيذ ، ولحق في الحبس كأحدى وسائل الضمان ، ثم للإعسار في المواد ٢٤٩ وما بعدها دون تصنيف له ، رغم أن هذه العبارة قد لا تكون دقيقة تماماً ، كما سيتضح من دراسة هذا الموضوع .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا المبدأ : حكم نقض ١٩٧٣/١١/١١ المجموعة س ٢٤ ص ١٣٤٧ ، وقد جاء فيه :

« الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص للمادة ٢٣٤ من القانون المدني ضامنة للوفاء بديونه . وإذا كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من أنه « لا يجوز التنفيذ على الأراضي الزراعية التي يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة ، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها » يعتبر استثناءً من هذا الضمان ، فإنه شأن كل =

ويتضح من هذا النص أن عمومية هذا الضمان لها وجهان : فهو ضمان عام فى معنى أول أنه يرد على جميع أموال المدين التى تكون فى ذمته وقت تنفيذ الدائن بحقه ، حتى ولو كان قد اكتسب هذه الأموال فى تاريخ لاحق لتاريخ نشأة حق الدائن . حين لا يستطيع هذا الأخير - بالمقابلة - أن ينفذ على مال كان ملوكاً للمدين وقت نشأة حقه ثم خرج من ذمته المالية بعد ذلك : إذ ليس للدائن العادى ما للدائن ذى التأمين الخاص ، من حق عينى على مال محدد للمدين يخوله تتبعه ، ومن ثم حق التنفيذ عليه ، تحت أى يد يكون .

= استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين . وإذ كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم ، والدائن حق عينى يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصية الوارث ، وكان حق الدائن فى ذلك أمبق من حق الوارث الذى لا يؤول له من التركة إلا الباقى بعد أداء الدين ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وحرّم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استناداً إلى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بالنسبة إلى خمسة أفدنة ، فإنه يكون قد خالف للقانون » . وانظر كذلك حكم نقض ١٩٧٤/٣/١٤ المجموعة س ٢٥ ص ٣٣١ ، وقد جاء فيه : « مفاد نص المادة . . من لائحة المزايدات والمناقصات أن حق جهة الإدارة الذى ينشأ عن استعمال سلطتها فى التنفيذ المباشر على حساب المعاهد المختلف أو المقصر فى التزامه المترتب على العقد الإدارى - هذا الحق - بخولها احتجاز ما يوجد بمحل العمل من المنشآت والآلات والأوت وما هو مستحق للمقاول لدى أية جهة حكومية وإذ ترتبط هذه الحقوق المقررة لجهة الإدارة بأحكام العقد الإدارى ، فلا شأن لها بوسائل التنفيذ والضمان المقررة فى القانون المدنى والتى تجعل أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ومحللاً للتنفيذ بحقوق الدائنين » .

مشار لهذا الأحكام أيضاً فى معوض عبدالنواب ص ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

وهو ضمان عام في معنى ثان : أن جميع الدائنين متساوون فيه ، لا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشأة حقه أو تاريخ استحقاقه سابقاً على ما لغيره من حق في ذمة المدين ، بحيث إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بحقوق الدائنين جميعاً ، اقتسموا ما في ذمته من أموال كل بنسبة حقه . اللهم إلا إذا كان لأحدهم حق للتقدم طبقاً للقانون ، بمقتضى ما له من تأمين خاص ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، يكفل له أولوية على سائر الدائنين الآخرين .

ويستخلص مما تقدم ، وبخاصة من حيث ما أشرنا إليه من أن ضمان الدائن يرد على ذمة المدين المالية وقت التنفيذ ، أن هذا الضمان يمكن أن يتأثر تبعاً لأثر تصرفات المدين : فيزيد قوة أو ضعفاً حسبما يترتب على هذه التصرفات من زيادة أموال المدين أو نقصها .

ولما كان يخشى أن ينظم (أو يدبر) المدين إفساره ، حقيقة كان هذا الإفسار أو ظاهرياً ، أو يتسبب فيه ، على الأقل ، بإهماله ، بما يترتب على هذا أو ذاك من إضرار بالضمان العام للدائنين ، يكون من المفهوم أن يخول القانون هؤلاء الدائنين من الوسائل ما يمكنهم من وقاية ضمانهم من الخطر . وتتمثل هذه الوسائل في : للدعوى غير المباشرة ، والدعوى البولصية ، ودعوى الصورية ، وشهر الإفسار . وإلى جانب هذه الوسائل ، نظم المشرع وسيلة خامسة . لا يقصد بها في الحقيقة للمحافظة على الضمان العام للدائنين جميعاً ، وإنما هي تكفل لدائن ، في ظروف معينة ، ما يمكنه من الضغط على المدين لحثه على أن يفي له بحقه . وتعرف هذه الوسيلة بالحق في الحبس .

ونعالج هذه الوسائل جميعاً ، كل في مبحث على حدة ، على النحو

التالي :

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

L'action oblique

المقصود بها ^(١):

١١٧- إذا كان تصرف المدين الإيجابي الذي يخرج به أموالاً من ذمته المالية يؤثر في ضمان الدائن ولا شك ، فإن مجرد إهماله في اقتضاء بعض حقوقه إنما يكون له نفس الأثر بالنسبة لهذا الدائن . الأمر الذي يجعل له مصلحة مشروعة في أن يسعى من جانبه إلى استعمال حقوق هذا المدين بالنيابة عنه ، وباسم هذا المدين ^(٢).

١١٨- وتختلف الوسائل التي يلجأ إليها الدائن في هذا الشأن تبعاً لنوع

(١) راجع في أصل هذه الدعوى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٥٨ .

(٢) وفي هذا المعنى ، جاء في حكم محكمة النقض المصرية أنه يجب رفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين ، ليكون المحكوم به حقاً له ، ويدخل في عموم أمواله ضمناً لجميع دائنيه . نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ للمجموعة لسنة ٢٦ رقم ١٦٥ ص ٨٤٤ ؛ وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٧٢/١/٢٠ للمجموعة ٢٣-١٦-١٠١ .

وعلى ذلك « فإذا هو - أي الدائن - لم يرفعها بوصفه دائناً وإنما رفعها استعمالاً لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته » . نقض ١٩٧٥/٤/١ للمجموعة ص ٢٦ ص ٨٤٤ . وقد انتهت من ذلك إلى القول : « وإذا كان الثابت أن الطاعن أقام الدعوى بطلبه الحكم بإلزام المطعون عليه الأول - واضع اليد - وورثة البائع ، بتسليمه هو الأبطال التي اشترأها بمقد عرفى وماكينه الرى القلمة عليها ، ولم يطلب الحكم بالتسليم لمصلحة مدينه البائع حتى تبحث المحكمة النزاع على الملكية - الذي آثاره المطعون عليه الأول - على هذا الأساس ؛ ولما كان الحكم المطعون فيه قد فصل في الدعوى على أساس أنها دعوى مباشرة فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون »

المصلحة التي يراد الحفاظ عليها للمدين . فقد يقوم الدائن باتخاذ إجراء معين لمصلحة المدين : كأن يقطع نقادماً ما يسرى في مواجهة هذا الأخير أو يسجل له عقداً اشترى به عقاراً... الخ ، وقد يلجأ - وهذه هي الصورة الغالبة - إلى رفع دعوى نيابة عن مدينه على مدين للمدين (كأن يرفع دائن البائع دعوى على المشتري يطالبه فيها بدفع الثمن) ، ومن هناك كانت تسمية هذه الوسائل ، التي يدرأ بها الدائن آثار إهمال مدينه ، بالدعوى غير المباشرة أخذاً بالأعم الأغلب.

شروطها :

١١٩- حددت هذه الشروط المادة ٢٣٥ مدنى حين قضت بأن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو أن يزيد في هذا الإفسار . ولا يشترط إضرار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى » .

ويتضح من هذا النص أن بعض شروط هذه الدعوى يتعلق بالدائن ، وبعضها الآخر يتعلق بالمدين . فيما يتعلق ببعض الثالث بالحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه . وذلك على التفصيل التالى :

أولاً - الشروط التى تتعلق بالدائن :

١٢٠- لا يشترط فى حق الدائن سوى أن يكون محققاً أو بتعبير آخر مؤكداً . حتى ولو كان هذا الحق غير معين المقدار (كحق المضرور فى

التعويض عن الفعل غير المشرع) أو كان غير مستحق الأداء ^(١) كما لو كان مضافاً إلى أجل ولقف.

كذلك لا يشترط - من ناحية أخرى - أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي ^(٢) لأن هذه الدعوى ليست من إجراءات التنفيذ . ولا أن يكون حقه سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن بالدعوى غير المباشرة ، لأن الضمان العام - كما سبق أن ذكرنا - إنما يرد على جميع أموال المدين وقت التنفيذ .

ولا يشترط - ونياً الدائن عن مدينه إنما يستمدها من القانون مباشرة - أن يحصل الدائن على إذن من القضاء باستعمال حقوق المدين . وأخيراً ، فإنه لا يشترط لقبول هذه الدعوى أن يكون الدائن قد

(١) وعلى العكس من المادة ٢٣٥ ، لم يتضمن نص المادة ١١٦٦ مدنى فرنسى إشارة صريحة إلى عدم ضرورة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . لذلك يكاد ينعقد الإجماع فى الفقه والقضاء الفرنسيين على لزوم هذا الشرط ، حتى يمكن للدائن مباشرة هذه الدعوى . انظر فى هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٦٩ ، كاربونييه بند ١٤١ . دييوا وجوديمييه ص ٢٠٢ ، ستارك بند ٢٥٦٣ ، وعكس ذلك : كولان وكابيتان ودى لامورتنير بند ٢٥٤ (انظر عرض لحجج الرأى الراجح والرد عليها فى نفس البند من هؤلاء المؤلفين) ، جوجلار (دروس مازو) بند ٩٦٩ حيث يرى كفاية أن يصبح حق الدائن مستحق الأداء خلال الفصل فى الدعوى غير المباشرة التى يرفعها .

وفى القضاء : نقض (عرائض) ١٩٢٤/٣/٢٥ (د . د ١٩٢٤-٢٨٢) ، محكمة المين المدنية ١٩٣٦/١٠/٢٦ (د . د ١٩٣٦-٥٦٤) .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (عرائض) ١٩٠١/٧/٨ (من ١٩٠٢-١١٣ وتعليق ليون - كسين) ، استئناف ليون ١٩٥٧/١٢/٢ (ر . ت ١٩٥٨ ص ٢٦٢ وملاحظات هنرى وليون مازو) .

سبق أن أعذر مدينه مطالباً إياه بأن يستعمل ما له من حق في مواجهة مدينه ، وإلا استعمله هو بالنيابة عنه . وعلى الإعفاء من هذا الإجراء صراحة النص السابق . وهو إعفاء مفهوم في الحفظة ، لاختلاف الهدف من الإعذار عن الهدف الذي يقصد إليه الدائن مباشرة هذه الدعوى (١).

إنما لا يكفي - بالمقابلة - أن يكون حق الدائن مجرد احتمالي ، ومن ثم فإننا نرى مع البعض (٢) ، وخلافاً للرأي الساجح (٣) ، أن الدائن صاحب الحق المعلق على شرط واقف (٤) - وحده - حر . حق محتمل طالما أن نشأته معلقة على واقعة مستقبلية ، احتمالية . فـ تتحقق وقد لا تتحقق - لا يستطيع أن يستعمل الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه .

صحيح أن المادة ٢٦٨ منفي تجعل الدائن ذي الحق المعلق على شرط واقف ، أن يتخذ من الإجراء ما يريد . فله على حقه . لكن الدعوى غير

(١) في هذا المعنى . كولاج وكابيتان ودي لاموراندبيرر بند ٢٥٤ ، وانظر في معنى عدم ضرورة هذا الإجراء أيضاً : مارتى وريغو بند ٦٨٨ ، جوسران بند ٦٧٠ .

(٢) د . محمود جمال الدين زكي ، بند ٤٠٠ ويذهب أن الفقه الفرنسي الذي يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، يشترط من باب أولى أن يكون مؤكداً ، ولا يكفي أن يكون معلقاً على شرط واقف .

(٣) من هذا الرأي ، د . السنهوري بند ٥٣٠ ، د . أحمد حشمت أبو سبوت بند ٦٢٧ ، د . أنور سلطان بند ٩٣ ، د . سليمان مرقس بند ٦٦٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٧٩ ، د . الصده بند ٥٠ ، د . عبدالمنعم البدرأوى بند ١٠٣ ، د . جميل للشرقاوى بند ٢٨ ، د . عبدالوجود يحيى بند ٤٤ ، د . إسماعيل غانم بند ٦٢ (رغم أنه يعبر في البند ١٤٥ عن مركز الدائن في فترة التعليق بأن له حقاً محتملاً) .

(٤) أما الدائن صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، وحقه مؤكد خلال فترة التعليق ، فإن بإمكانه خلال هذه الفترة أن يستعمل هذه الدعوى .

المباشرة هي أكثر من مجرد إجراء تحفظي^(١). هذا إلى أن هذه الدعوى من الإجراءات الاستثنائية، والنصوص الاستثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها. ثانياً: الشروط التي تتعلق بالمدين:

١٢١- يشترط - من ناحية - أن يكون المدين مهماً في استعمال حقوقه، وأن يكون هذا الإهمال، من ناحية أخرى، من شأنه أن يؤدي إلى إفساده أو إلى الزيادة في هذا الإفساد. فهذهين الشرطين يمكن، بالفعل، أن تكون للدائن مصلحة مشروعة تبرر تدخله في شئون مدينه.

(أ) إهمال المدين^(٢):

١٢٢- إذا لم يكن المدين مهماً، بل حتى لو كان كذلك ثم نشط إلى استعمال حقه، بعد أن يكون للدائن قد رفع الدعوى، لا يحق لهذا الدائن في الفرض الأول أن يرفع الدعوى نيابة عنه، ووجب عليه في الفرض الثاني أن يمتنع عن السير فيها. وإن جاز له أن يبقى خصماً ثالثاً ليراقب دفاع مدينه مخافة تواطؤ محتمل بينه وبين مدين مدينه إضراراً به^(٣).

ولما كان الإهمال على خلاف الأصل، كان على الدائن عبء إثباته. حين يكفي لذلك أن يثبت أن المدين لم يستعمل حقاً كان ينبغي أن يستعمله. ولا يهم في هذا الشأن أن يكون عدم الاستعمال هذا عن مجرد إهمال من

(١) في هذا المعنى ستارك بند ٢٥٦٣.

(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الشرط: نقض فرنسي ١٩٥١/٦/١١ (د). ١٩٥١-٥٨٦)، نقض (تجارى) فرنسي ١٩٥٦/٣/٧ (ج. ك. ب. ١٩٥٦-٢-٩٣٧٤).

(٣) في هذا المعنى نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥

المدين أم كان بسوء نية من جانبه.

وفي تبرير ذلك نقول محكمة النقض ، في أحد أحكامها : « وإن فلا يصح أن يضار الدائن بسكوت المدين عن الدفاع عن حقه هو أو بتواطئه مع الغير على إهداره . فإذا ما باشر الدائن المطالبة بحق مدينه أو الدفاع عنه وجب على المحكمة أن تعتبره مدافعاً عن حق لا يتأثر بسكوت المدين حياله ، ووجب عليها أن تفصل في أمره استقلالاً..... ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة أنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه » (١).

(ب) إفسار المدين بسبب هذا الإهمال أو زيادة إفساره (٢):

١٢٢- قد يكون المدين موسراً رغم إهماله ، وعندئذ لا يكون للدائن من مصلحة في للتدخل في شئونه . إنما تبرز هذه المصلحة على العكس إذ ترتب على هذا الإهمال إفسار المدين أو زيادة إفساره.

والعبرة هنا بمجرد الإفسار الفعلي الذي يتحقق حين تعجز أموال المدين عن الوفاء بجميع ديونه ، ما كان منها مستحق الأداء وما لم يستحق بعد ، إذ للدائن مصلحة مشروعة في اللجوء إلى هذه الدعوى حتى ولو كانت أموال المدين تكفي لوفاء ديونه الحالة وحدها.

ويكفي لإثبات إفسار المدين - قياساً على ما ورد النص عليه في خصوص الدعوى البوليفية - أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمته من ديون حين يكون على المدين نفسه أن يثبت أن أمواله تكفي للوفاء بتلك الديون.

(١) نقض ١٩٤٥/٥/٣ في لاطن رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٤ اق مشار إليه في معوض

عبدالوهاب ص ٤٨٤ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط : نقض ١٩٥١/٦/١١ ،

١٩٥٦/٣/٧ سابق الإشارة .

(ج) إدخال المدين خصماً فى الدعوى (١)(٢):

١٢٤- وهو شرط استحدثته التقنين المدنى الحالى واستغنى به عن شرط إعدار المدين . وهو فى الواقع تقنين لما جرت عليه العادة فى ظل القانون الملقى من أن يقوم الخصم بإدخال المدين فى الدعوى (٣) إذا لم يكن الدائن قد أدخله فيها ، وذلك ليكون الحكم الذى يصدر فيها سارياً فى حقّه ، أو بعبارة أخرى حجة فى مواجهته (٤).

ثالثاً - الشروط التى ترجع إلى الحق الذى يستعمله الدائن باسم مدينه :

١٢٥- لما كانت الدعوى غير المباشرة إنما تهدف إلى الحفاظ على الضمان العام للدائنين الذى يرد على ذمة المدين المالية ، وذلك توطئة للتنفيذ عليها ، وكان لا يصح من ناحية أخرى - والتدخل فى شئون المدين يعد خروجاً على الأصل - أن يصل هذا التدخل إلى حد إعدام حرية المدين فى

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/٥/٤ سابق الإشارة إليه .

(٢) والقضاء الفرنسى لا يستلزم هذا الشرط . حيث لا نص عليه : انظر ، محكمة فالينس الابتدائية (الأمستاقية) ١٩٦٠/١٢/١٤ (د . ١٩٦٠-٦١٩ وتعليق جوريه) . وانظر فى لزوم هذا الإجراء حين يضمن الدائن (المدعى) دعواه طلباً بالمبالغ المستحقة له فى مواجهة المدين الأصلي ، حيث أن الدائن هنا يقاضى ليس بالنيابة عن مدينه وإنما ضده : نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ (جـ ك . ب . ١٩٧١-٢-١٦٦٥ وتعليق : بولان) . وانظر فى نفس المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٩٧٢ ، ستارك بند ٢٥٦٢ .

(٣) ويجرى العمل على ذلك فى فرنسا أيضاً ، أشار لذلك : جوجلار بند ٩٧٢ ، ومن تطبيقات القضاء انظر نقض فرنسى ١٩٧٠/٥/٢٧ سابق الإشارة .

(٤) فى هذا المعنى : ديويو وجوديميه ص ٤٠٣ : كما يضيف البعض أن المدين - بذلك - لا يستطيع أن يزعم فيما بعد بأن حقوقه كانت قد أسى الدفاع عنها ، انظر مارتى ورينو بند ٦٨٨ .

إدارة أمواله ، كان من الطبيعي أن يكون نطاق الدعوى غير المباشرة محصوراً . فإذا كان الأصل أن من حق الدائن أن يستعمل جميع حقوق مدينه ، إلا أنه يستثنى من هذه الحقوق ما يأتي :

١- الحقوق غير القابلة للحجز والتي تخرج بالتالي عن الضمان العام (كالحق في النفقة على سبيل المثال) . وذلك استثناء بدهى إذ لا مصلحة للدائن في استعمال هذا النوع من الحقوق نيابة عن مدينه والفرض أنها إذا آلت إلى هذا الأخير فإن الدائن لن يستطيع مع ذلك التنفيذ عليها .

٢- الحقوق غير المالية ، حتى ولو كانت تؤثر في للزمة المالية للمدين بشكل غير مباشر كحق هذا الأخير في طلاق زوجته مهما كانت النتائج المالية التي تترتب على هذا الطلاق ، كانهطاع التزام المدين بالنفقة الزوجية مثلاً .

٣- كذلك يخرج من نطاق الدعوى غير المباشرة الحقوق والدعاوى المالية التي تتأسس على اعتبارات أدبية يستقل المدين بتقديرها ^(١) . أو بتعبير آخر تكون متصلة بشخصه خاصة . كحق الواهب في الرجوع في الهبة ، وحق المدين في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأبى ^(٢) .

(١) انظر من تطبيقات النقضاء : نقض فرنسى ١٩٦٣/٦/٨ (ج . د . ب . ١٩٦٥-١٤٠٨٧ وتعليق سافاتييه) . (د . ١٩٦٤-٧١٣ وتعليق لمان) . نقض ١٩٤٨/٦/٢٩ (د . ١٩٤٩-٢٢٩ وتعليق بونسار) .

(٢) وتنتظر محكمة النقض ، للحق في الإجارة على أنه ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر خاصة وأنه حق مالى يجوز للتصرف فيه والحجز عليه . وقد رتبست على ذلك أنه « يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه طبقاً لما تقضى به المادة ٢٣٥ من القانون المدنى » . انظر نقض ١٩٧٢/٥/١٠ المجموعة ص ٢٣ ص ٨٣٥ ومشار إليه أيضاً في معوض عبدالنواب ص ٤٨١ ، ٤٨٢ .

٤- ولا يجوز - كما سبق أن ذكرنا - أن يكون من شأن هذه الدعوى أن تسلب المدين كل حرية في التقدير « وفي تصريح شلونه »^(١) . ولذلك يقال - عادة - بأن للدائن لا يستطيع أن يستعمل ما للمدين من رخص^(٢) (والرخصة هي الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب الشخص) كأن يقبل هبة نيابة عن المدين أو أن يطلب الشفعة باسمه . ولا يستثنى من ذلك سوى رخصة لتمسك بالتقادم الممقط أو المكسب حيث أجاز المشرع في المادتين ٣٨٧ ، ٩٧٣ للدائن أن يتمسك بهما نيابة عن المدين .

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً حتى ولو كان ثبوت هذا الحق نهائياً في ذمة المدين يتوقف على إرادة هذا الأخير ومشيئته ، وهو ما يسمى بالخيارات ، كحق الموصى له في قبول الوصية أو ردها ، جاز للدائن أن يستعمل هذا الحق نيابة عن مدينه^(٣) فيقبل الوصية في المثال السابق اللهم إلا إذا كان الأمر يتعلق باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها فيكون القبول عندئذ من الحقوق المتصلة بشخصه خاصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عنه .



١٢٦- وقد اختلف الرأي ، في البداية ، فيما إذا كان يجوز للدائن أن يستعمل الدعوى غير المباشرة للطعن على العقد الذي أبرمه مدينه ، بالإبطال . لكن الرأي بدأ يستقر في اتجاه جواز

(١) نقض ١٩٧٧/٥/٤ مشار إليه في معوض عبدلتواب ص ٤٨٣ .

(٢) انظر في هذا للمعنى : جوجلار بند ٩٦١ ، بلرتي ورينو بند ٦٨٧ .

(٣) انظر عكس ذلك وعدم إمكان استعمال خيارات المدين عن طريق هذه الدعوى : جوجلار بند ٩٦١ .

ذلك ^(١) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه ، في خصوص إبطال عقد المدين لنقص أهليته ، مستندة إلى أساس من أن مصلحة الدائنين المالية المعرضة للخطر في هذا الفرض ترجح الاعتبارات الأدبية التي يقوم عليها الحق بالنسبة للمدين ^(٢) . كما سارت محكمة النقض المصرية في نفس النهج بحكم أصدرته في خصوص إبطال عقد المدين لعيب شاب رضاه ^{(٣)(٤)} .

(١) أشار إلى التطور في هذا الاتجاه : جوسران بند ٦٦٨ ، كولان وكابيتان ودي لامورانديير بند ٢٥٣ .

(٢) انظر نقض ١٩٢١/١/٥ (د . ١٩٢٤-١-١٣٣) ، وانظر عكس ذلك الاتجاه : نقض (عرائض ١٨٧٨/٣/٦) أشار إليه كولان وكابيتان بند ٢٥٣ .

وفي مصر لا يؤيد بعض الشراح ربط مسألة ما إذا كان بالإمكان رفع الدعوى غير المباشرة من عدمه ، بإجراء موازنة بين الاعتبارات الأدبية والاعتبارات المالية التي يقوم عليها الحق ، والانتهاء من ذلك إلى جواز رفعها إن كانت الاعتبارات الأخيرة أغلب . ويرى وجوب الاكتفاء بمجرد قيام الاعتبار الأدبي حتى لا يكون استعمال الدعوى غير المباشرة جائزاً للدائن ، حيث أن للموازنة سابقة الإشارة أن تخلو من تحكم . انظر : د . إسماعيل غانم ص ١٥٢ هامش ١ ، وانظر في نفس المعنى : كوست ، تعليق (ص ١٩٣٦-٢-٢٠٩) .

(٣) انظر نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ (وكان العيب هنا هو الإكراه) .

(٤) وانظر في معنى أن بالإمكان رفع هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المدين في شخصه ، حيث أن مثل هذا الضرر يقلل صلاحيته للعمل ، ولا يقوم الحق في تعويضه على اعتبارات أدبية تتعلق بالمدين ، جوجلار بند ٩٦٣ ، جوسران بند ٦٦٨ ، وانظر عكس ذلك : محكمة المصين المدنية ١٨٧٩/١/٩ (ص ١٨٨١-٢-٢١ وتعليق لابييه) .

وفي دعوى تتعلق بشخص استأجر شقة بعقد إيجار صحيح ، ثم وجد أحد الأجير يشغلها دون سند قانوني ، رفضت محكمة المصين المدنية أن يكون للمستأجر - =

آثار الدعوى غير المباشرة :

١٢٧- تقوم آثار الدعوى غير المباشرة كما عبرت عن ذلك المادة ٢٣٦ على فكرة النيابة القانونية للدائن عن مدينه^(١) ولكنها - خلافاً للأصل - نيابة مقررة لمصلحة النائب . وفى ضوء هذه الفكرة يمكن تحديد آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى كل من المدين والخضّم والدائن على النحو التالى :

(أ) بالنسبة للمدين :

١٢٨- لما كانت النيابة لا تحرم الأصل من حرية التصرف فى الحق الذى أناب عنه غيره فى استعماله ، فإن استعمال الدائن للدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه لا يترتب عليه غل يد هذا الأخير عن الحق الذى يستعمله الدائن باسمه . فيستطيع - كما يشاء - أن يستوفيه مثلاً ، بل وحتى أن ينزل عنه . ولا يملك الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا بطريق الدعوى البولصية

دائن المؤجر بالالتزام بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة - الحق فى أن يحل محل هذا الأخير فى رفع دعوى الطرد ضد هذا الشخص . انظر حكمها فى ١٩٥٠/١٢/١٩ (ج ب ١٩٥١-١-١٤٣) .

(١) انظر الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٥ مشار إليها فى معوض عبدالتواب ص ٤٨٠ .

(٢) ويبدو أن هذه الفكرة هى التى كانت وراء حكم محكمة النقض الفرنسية ، الذى قضت فيه بأن رافع للدعوى غير المباشرة يمكن الاحتجاج عليه بورقة الضد . انظر من كل من المدين ومدينه (المدعى عليه فى الدعوى غير المباشرة) . انظر نسم ١٩٨٢/١ .

إذا توافرت شروطها ^(١) . ومن هنا كانت ندرة اللجوء إلى هذه الدعوى فى العمل ، مادام يفضل عليها من هذه الزاوية نظام حجز ما للمدين لدى الغير الذى به ترتفع يد المدين عن الدين المحجوز ولا بعد بإمكان المحجوز لديه أن يفى به للمدين (المحجوز عليه) ^(٢) .

(ب) بالنسبة للخصم :

١٢٩- للخصم أن يدفع فى مواجهة الدائن رافع للدعوى بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يدفع بها فى مواجهة المدين (كالفاء ، أو التجديد أو المقاصة) . حتى ولو نشأ سببها بعد رفع الدعوى . كصلح تم بشأن الدين بين الخصم والمدين ، أو تنازل للخصم عن الدين .

(ج) بالنسبة للدائن :

١٣٠- لما كان الدائن فى استعماله لحق مدينه لا يعدو أن يكون نائباً عنه ، فإن حصيلة هذه الدعوى إنما تدخل فى ذمة المدين المالية وتكون ضمناً لجميع دائتيه ^(٣) . فمبادرتة لرفع الدعوى درءاً لإهمال المدين ومحاولته لتقوية الزمة المالية لهذا الأخير لا تعطى أية أفضلية له على غيره من مائتر الدائنين الآخرين . وهذا عيب آخر من عيوب هذه الدعوى من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من أهميتها العملية .

لذلك يُفهم ، أن الدائن الذى يُحكم له بدينه ويريد اقتضاءه من مدين

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٠/٢/٢ فى لطن رقم ٧٧ لسنة

١٨١٠ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٨٤ .

^(٢) فى هذا المعنى : جوجلار (دروس ملزو) بند ٩٧٧ ، ٩٧٩ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/٤/٢٩ المجموعة السنة ٢٦ رقم

١٦٥ ص ٨٤٤ .

مدينه « لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى . بل إن له أن يحجز على ما يكون لمدينه من مال تحت يد الغير حجزاً تنفيذياً »^(١).

خاتمة المبحث : الدعوى المباشرة :

١٣١- إزاء ما يلاحظ على الدعوى غير المباشرة من قصور في حماية حق الدائن الذي يلجأ إليها ، سبق أن بيناه^(٢) ، وأهم وجوهه : بقاء المدين قادراً - قانوناً - على التصرف في حقه بكافة أنواع التصرفات التي كان له أن يباشرها عليه قبل رفع الدعوى^(٣) ، وعدم استثناء الدائن رافع الدعوى بثمرة رفعها حيث يزاحمه عليها باقي دائتي المدين الآخرين . وذلك كله فضلاً عن ضيق نطاق مباشرة هذه الدعوى لكونه محدداً بحالة قعود المدين عن مباشرة حقه ، بل وفي الحالة فقط التي يكون من شأن هذا العقود ، فيها ، أن يؤدي إلى إعساره أو إلى التناقص في هذا الإعسار .

١٣٢- إزاء هذه السلبات جميعاً ، قرر المشرع - إلى جانب الدعوى غير المباشرة ، في أحوال خاصة معينة ، نظاماً آخر يكون أكثر فائدة للدائن ، كونه يتغلب على السلبات سابقة الإشارة ، يقال له نظام « الدعوى المباشرة » . فيه - وكما نل عليه التسمية نفسها - يطالب الدائن (الذي يوجد في إحدى الحالات الخاصة التي ينص عليها للقانون) بحقه (الذي له على المدين) مباشرة ، باسمه هو شخصياً وبالأصالة عن نفسه ، من مدين هذا المدين . وذلك - بداهة - في حدود ما يكون لمدينه من حقوق في مواجهة مدينه.

(١) نقض ١٩٣٦/٤/١٦ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٤٨٣ .

(٢) راجع سابقاً بند ١٢٨ ، ١٣٠ .

(٣) اللهم إلا إمكانية الطعن على هذه التصرفات بالدعوى البولصية إن توافرت شروطها ، على ما سبق أن بيناه أيضاً . راجع سابقاً بند

مثال ذلك : أن يكون (أ) مؤجراً شقة ، يداين مستأجرها (ب) بأجرة ولتكن ١٠٠٠ جنيه ، ويكون (ب) قد أجر جزءاً من تلك الشقة لمستأجر من الباطن (جـ) بأجرة مقدارها ٤٠٠ جنيه . فى هذه الحالة ، يمنح القانون لـ (أ) (المؤجر الأصلي) دعوى مباشرة ضد (جـ) (المستأجر من الباطن) يطالبه فيها ، باسمه ولحسابه ، بحقه فى مواجهة المستأجر الأصلي ، فى حدود حق هذا الأخير فى مواجهة للمستأجر من الباطن (أى : فى حدود ٤٠٠ جنيه) . أو أن يكون (أ) مقاولاً ، يداين (ب) رب العمل بأجر للمقولة بينهما ومقداره مليون جنيه ، ويكون (ب) قد استخدم - فى تنفيذ المقولة مقاولاً من الباطن (جـ) مستحقاً له فى مواجهة المقاول الأصلي ، ٦٠٠ ألف جنيه . فى هذه الحالة ، يكون لـ (جـ) (مقول الباطن) دعوى مباشرة ضد (ب) (رب العمل) يمكنه أن يطالبه فيها بحقه فى مواجهة (أ) ومقداره ٦٠٠ ألف جنيه كاملة ، فحق (أ) فى مواجهة (ب) ومقداره مليون جنيه يسع تلك المطالبة.. وهكذا.

١٣٣- ويظهر من الفارق الأساسى بين الدعويين (غير المباشرة والمباشرة) فى الوسيلة التى تقوم عليها كل منهما المتمثل ، أى هذا الفارق (كما يبين من المثالين السابقين) فى أن الأولى يرفعها الدائن على مدين مدينه باسم مدينه وبالنيابة عنه ، فيما أن الثانية يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه هو شخصياً وبالأصالة عن نفسه ، ولحسابه ، أن آثارهما تختلف اختلافاً جوهرياً من ناحيتين أساسيتين :

(الأولى) : أنه - على العكس من الدعوى غير المباشرة - فإن تصرفات المدين ، فى حقه الذى يرفع الدائن للدعوى المباشرة بصده ، لا تنفذ فى حق الدائن.

ففى المثال الأول : إذا استعمل المؤجر حقه فى الدعوى المباشرة بأن

أنذر المستأجر من الباطن بأن يدفع له هو مباشرة الأجرة المستحقة عليه تجاه المستأجر الأصلي ، فإن : تنازل المستأجر الأصلي مثلاً ، بعد ذلك ، للمستأجر من الباطن ، عما له من حق في الأجرة في مواجهته ، أو كقع المستأجر من الباطن تلك الأجرة (المستحقة عليه) للمستأجر الأصلي ، لا ينفذ هذا أو ذاك في حق المؤجر الأصلي . ونفس الأمر في المثال الثاني ^(١).

(والثانية) : أنه — على العكس من الدعوى غير المباشرة — يستأثر الدائن رافع الدعوى المباشرة بثمرة رفعها فلا يزاحمه فيها باقي دائني المدين ^(٢) . ففي المثال الأول : يستأثر المؤجر بمبلغ الأجرة الذي اقتضاه من المستأجر من الباطن (٤٠٠ جنيه) فلا يزاحمه فيه باقي دائني المستأجر الأصلي الآخرين . ونفس الأمر في المثال الثاني ^(٣).

١٣٤- ولكون ميزة الاستئثار هذه المكفولة للدائن رافع الدعوى المباشرة تشكل — كما هو واضح — خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين فيما لهم من حق للضمان العام على أموال مدينتهم ، فإنه من المقرر أن هذه الدعوى لا تكون إلا بنص خاص في القانون يقررها ، وبالتبعية ، أن هذه النصوص تكون واردة على سبيل الحصر.

(١) فإذا أنذر المقاول من الباطن ، رب العمل ، بأن يدفع له مباشرة مبلغ الـ ٦٠٠ ألف جنيه التي يدين به المقاول الأصلي ، خصماً من مبلغ للمليون جنيه التي يدين بها المقاول الأصلي رب العمل ، فإن تنازل المقاول الأصلي بعد ذلك ، لرب العمل ، عما له من أجر في مواجهته ، أو دفع رب العمل ذلك الأجر للمقاول الأصلي ، لا ينفذ هذا أو ذاك في حق المقاول من الباطن .

(٢) وهو ما سمح للبعض بتقريب الدعوى المباشرة من « حق الامتياز » ، انظر في هذا التقرير: عبدالفتاح عبدالباقي، دروس أحكام الالتزام طبعه ١٩٨٩ ص ٩٨ بند ٧٦ .

(٣) حيث يستأثر المقاول من الباطن بمبلغ الـ ٦٠٠ ألف الذي استأداه من رب العمل فلا يزاحمه فيه باقي دائني المقاول الأصلي الآخرين .

ومن أمثلة هذه النصوص :

ما تنص على به المادة ١/٥٩٦ - في باب الإيجار - ونصها : « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في نمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر ».

وما تنص على به المادة ١/٦٦٢ - في باب المقاولة - ونصها : « يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينياً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل ».

المبحث الثاني

الدعوى البوليصية

(دعوى عدم نفاذ التصرف) ^(١)

L'action Paulienne

الفكرة التي تقوم عليها :

١٣٥- عرفنا أن الدعوى غير المباشرة إنما تهدف إلى المحافظة على

(١) لم يعالج المشرع الفرنسي هذه الدعوى بالتفصيل الذي عالجها به المشرع المصري في المجموعة المدنية الحالية ، بل أورد بشأنها مادة واحدة فقط هي المادة ١١٦٧ التي اكتفى فيها بالقول بأن « للدائنين أن يطعنوا - باسمهم الشخصي - على التصرفات التي تتم من جانب مدينهم بقصد الغش إضراراً بحقوقهم » . ومن ثم فإن للقضاء والفقه ، في الحقيقة ، الفضل في استكمال هذا النقص ، والكثير من أحكام هذه الدعوى استوحاه القضاء والفقه من تقاليد هذه الدعوى في القانون الروماني .

(٢) انظر في تاريخ هذه الدعوى : كولان وكابيتن ودی لامورانديير بند ٢٥٦ ،

مارتي ووينو بند ٦٩٨ .

الضمان العام من سلبية مدين مهمل . أما الدعوى للبوصية ، فتواجه على العكس موقفاً إيجابياً من مدين يتصرف في أمواله تصرفاً ، يقصد به إلى الإضرار بدائنيه وحرمانهم من إمكان التنفيذ بدينهم على المال المتصرف فيه الذي كان يعتمد عليه هؤلاء « بضمان استدادهم بحقوقهم »^(١) لما يترتب على هذا التصرف من إفسار للمدين أو الزيادة في هذا الإفسار ؛ بما يتعين معه وجوب رد قصده السيئ عليه وذلك بعدم نفاذ تصرفاته في حقهم . والوسيلة الفنية لذلك هي الدعوى التي قررها المشرع لهؤلاء الدائنين والتي تعرف بالدعوى البوصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات . فكأن هذه الدعوى تقوم - من ناحية - على فكرة لغش من جانب المدين ، ومن ناحية أخرى على فكرة الضرر في جانب الدائن . وسوف نعرف من خلال هذه الدراسة إلى أي حد هيمنت هاتان الفكرتان على شروط هذه الدعوى.

على أن يلاحظ - قبل للدخول في التفاصيل - أنه ليس يلزم أن ترفع الدعوى البوصية في صورة دعوى مستقلة ، « إذ من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا للتصرف »^(٢).

شروطها :

١٣٦- تتعدد شروط الدعوى البوصية : فمنها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمدين ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه .
أولاً - الشروط التي تتعلق بالدائن :

١٣٧- يشترط في حق الدائن حتى يمكنه أن يستعمل هذه الدعوى ،

(١) نقض ١٩٣٥/١٢/١٢ مشار إليه في معوض عبداللّوالب ، السابق ص ٤٨٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ طعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ اق مشار إليه في معوض

عبداللّوالب ، السابق ص ٤٨٨ .

شرطان : أن يكون مستحق الأداء من ناحية وسابق على التصرف المطعون فيه من ناحية أخرى . ولا أهمية بعد ذلك لمصدر حق الدائن ولا لمحلّه ، ولا ما إذا كان بيده سند تنفيذ أم لا لأن « الدعوى البولصية ليست إجراء تنفيذياً وإنما هي من مقدمات التنفيذ وممهّداته »^(١).

(أ) استحقاق الدين :

١٣٨- على خلاف الحال في الدعوى غير المباشرة ، لما كان الدائن هنا لا يقتصر على مجرد استعمال حقوق مدينه بالنيابة عنه ، وإنما يريد التوصل إلى مثل آثار تصرفاته وعدم نفاذها في مواجهته ، كان من البديهي أن يتشدّد المشرع في شروط حق الدائن الذي يمكنه أن يرفع هذه الدعوى . ولذلك فلم يكتف في إعطائها بأن يكون حق الدائن محققاً ، وإنما استلزم أن يكون هذا الحق قد أصبح مستحق الأداء لأن هذه الدعوى « هي من مقدمات التنفيذ وممهّداته وقد يقع أن يليها التنفيذ مباشرة »^(٢) . وبالتالي - بل ومن باب أولى - يجب أن يكون هذا الحق خالياً من النزاع.

وعلى ذلك فإن الدائن بحق مضاف إلى أجل واقف^(٣) أو من باب أولى

(١) الأعمال التحضيرية للمادة ٢٣٧ مشار إليها في معوض عبدالتواب ص ٤٨٦ .

(٢) الأعمال التحضيرية المشار إليها في الهامش السابق .

(٣) ويبدو لبعض الشراح الفرنسيين أن حرمان الدائن بحق مضاف إلى أجل واقف من رفع الدعوى البولصية ، يتعارض مع شرط الإعسار . مستندين في ذلك إلى أنه : إذا ما أثبت الدائن بأجل إعسار مدينه ، ترتب على ذلك سقوط الأجل ، وجاز له من ثم رفع الدعوى البولصية . انظر كولان وكابيتان ودي لامورانتيير بند ٢٢٦ ، مارتى ورينو بند ٢٠١.

أما في مصر فليس هناك من تعارض : لأن الأجل ، في مصر ، لا يسقط لمجرد إعسار المدين (عساراً فعلياً ، وإنما يجب أن يكون المدين قد أصبح معسراً (عساراً =

المعلق على شرط واقف ^(١) لا يستطيع أن يرفع هذه الدعوى . وذلك على العكس من الدائن صاحب الحق للمقترن بشرط فاسخ أو بأجل فاسخ. ..
(ب) أسبقية حق الدائن في نشأته على التصرف المطعون فيه ^(٢):

١٣٩- ويتعين ، من ناحية أخرى أن يكون حق الدائن سابقاً في وجوده على التصرف المطعون فيه . وقد بررت الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٣٧ هذا الشرط ، بأنه « بهذا الوضع يصح أن يتصور أن ضرراً يصيب الدائن أو أن غشاً يقع من المدين » ^(٣).

ولما كان هذا هو أساس لشرط أن يكون الصرف المطعون فيه تالياً لوجود حق الدائن ، فإنه إذا فرض وثبت أن المدين قد قصد بالتصرف الإضرار بشخص يوشك أن يكون دائنه ، أو كما عبرت الأعمال التحضيرية « إذا كان هذا التصرف قد عقد على وجه التخصيص والإفراد للإضرار بالدائن » ^(٤) كان لهذا للدائن الطعن في التصرف بالرغم من أسبقيته على

= قانونياً . كما أن شهر الإعسار وقف في القانون المصري على حكم يصدر به ، ولن يكون حتماً حتى في حالة الإعسار القانوني هذه أن يستجيب للقاضي لطلب شهر الإعسار ، فقد لا يرى في الظروف المحيطة بالمدين ما يستدعي هذا الإجراء (انظر المواد ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ من قانون مصرى) .

(١) انظر في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٩٥٧/١٢/١٨ (د . ١٩٥٨ - ٢٢٤) .
(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا الشرط : نقض فرنسي (عرائض ١٩٠٥/٥/٣٠) (د . ١٩٠٥ - ١ - ٤٠٨) ؛ عرائض ١٩٤٦/٣/١ (د . ١٩٤٦ - ٢٤٠) ، نقض (تجارى) ١٩٥٢/٥/١٤ (د . ١٩٥٣ - ٦٢٥) وتعليق رادوان) .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٣٢ ، وفي هذا المعنى أيضاً : مارتى وريلو بند ٧٠٢ .

(٤) مشار إليها في معرض عبدالتواب ص ٤٨٦ .

تاريخ نشوء حقه ^(١) (ومثال ذلك : أن يبيع المدين بعض أمواله في وقت يسعى فيه إلى الاقتراض).

١٤٠- ومن ألبديهي أن على الدائن عبء إثبات هذه الأسبقية . ولكن ما يجدر التساؤل بشأنه هو كيفية إثباتها.

١٤١- يجب أن يلاحظ منذ البداية أن العبرة في الأسبقية هي بتاريخ نشوء حق الدائن وليس بتاريخ استحقاقه ^(٢) . وكذلك بتاريخ التصرف المطعون فيه وليس بتاريخ شهره إذا كان واجب الشهر ^(٣).

(١) وحديثاً قضت محكمة استئناف باريس بهذا الحل « حينما يكون الغش قد نظم مقدماً بغية الإضرار بدائن مستقل » . انظر حكمها في ١٩٨٢/١/١٣ (د . ١٩٨٢-أ.ر-١٧٥) ؛ وفي نفس الاتجاه : نقض (عراض) ١٩٣٩/١١/١٥ (د . أ. ١٩٤٠-٤٠) ؛ استئناف باريس ١٩٦٤/٢/١٠ (ج ب ١٩٦٤-١-٤١١ في الأسباب) ؛ نقض ١٩٢٨/١/٢٣ (د . ١٩٢٨-١-٨٦ وتقرير المستشار كولان) ، استئناف باريس ١٩٢٨/٧/٢٤ (س ١٩٢٩-٢-٩٧ وتطبيق بيكينيون) ، محكمة ستراسبورج المدنية ١٩٥١/١١/٩ (د . ١٩٥٢-٣١٨) . وفي الفقه انظر : كولان وكابيتان ودي لامورانديير بند ٢٢٦ ؛ ستارك بند ٢٦٠٩ ؛ مارتى ورينو بند ٧٠٢ .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية أنه يكفي أن يكون « منشأ حق الدائن » *principe de la créance* سابقاً على التصرف الذي يراد الطعن فيه . انظر من أحكامها للحديث نقض ١٩٨٤/١/١٧ (د . ١٩٨٤-٤٣٧ وتطبيق مالتوري) ؛ وانظر في نفس المعنى : استئناف فرساي ١٩٨٠/٤/٢٩ (د . ١٩٨١-١-١٤ وملاحظة فاسير) ؛ نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج ب ١٩٦١-٢-٣٠٥) وعكس ذلك استئناف ليون ١٩٤٣/٢/١١ (ج ب ١٩٤٣-٢-٢٢٨٣ وتطبيق كاربونييه) .

(٣) انظر عكس ذلك (في خصوص هبة) : نقض ١٩٤٢/١٠/٢٦ (ج ب . ك . ب ١٩٤٣-٢-٢١٣١ وتطبيق بيكيه . ر . ت ١٩٤٣ ص ١٩٠ وملاحظة هنري وليسون ملازو) .

١٤٢- ومن ناحية أخرى فإن أمر كيفية هذا الإثبات يختلف حسب مصدر حق الدائن . فإذا كان هذا الحق قد نشأ عن واقعة مادية كان له أن يثبت تاريخ نشوئه بكل طرق الإثبات . أما إن كان مصدره تصرف قانوني ولم يدرج هذا للتصرف إلا في محرر عرفي فإن القواعد العامة في الإثبات تعتبر المتصرف إليه من المدين في هذه الحالة من الغير بالنسبة للتصرف الذي أنشأ حق الدائن ومن ثم لا يحتج به عليه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت سابق على التصرف المطعون فيه.

١٤٣- ويبدو أن المشرع قد أراد أن يحيد عن هذا الأصل . إذ ورد في المذكرة الإيضاحية - رغم عدم ورود نص يحسم هذه المسألة - أن المشرع قد قصد إغفال استنزالم ثبوت للتاريخ حيث أن « الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » ^(١) . بما يستفاد منه أن تاريخ للمحرر العرقي المثبت لحق الدائن يكون حجة على المتصرف إليه ^(٢)، إلى أن يقيم الدليل على أنه

(١) الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٣٢ .

(٢) من هذا الرأي : د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ٨٩ ؛ د . عبد الوود يحيى بند ٥١ ؛ وقرب د . البدرأوى بند ١٢٣ وعكس ذلك ، أبو ستيت بند ٦٤٣ ؛ ويفرق البعض في هذا الشأن بين ما إذا كان التصرف المطعون فيه ثابت للتاريخ أو غير ثابت ، حين يلزم في الحالة الأولى فقط أن يكون تاريخ حق الدائن ثابتاً ؛ انظر د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ ويرى للبعض الآخر أنه كان الأجدر بالمشرع أن يواجه الموضوع بنص صريح د . البدرأوى بند ١٢٣ ؛ د . إسماعيل غانم ص ١٨٣ هـ ١ .

أما الفقه الفرنسي فيبدو أن الرجح فيه هو ضرورة أن تكون أسبقية حق الدائن بتاريخ ثابت ؛ انظر : بلانويول وريبير ورنوان جـ ٧ بند ٩٥٧ ؛ جوسران بند ٦٩٦ ؛ كولان وكابيتان ودي لاموراندنيير بند ٢٦٦ ، مارتى ورينو بند ٧٠٢ ؛ ستارك بند ٢٦٠٨ ؛ وفي القضاء ؛ انظر في هذا الاتجاه أيضاً ؛ استئناف إميلان ١٩٩١/١٢/٧ -

قد قدم عمداً تواطؤاً مع المدين للإضرار به.

١٤٤- هذا عن تاريخ التصرف المثبت لحق الدائن . أما تاريخ

التصرف الذى يراد الطعن فيه بالدعوى البولصية ، فمن المسلم به تقريباً فى مصر أنه يكون حجة على الدائن ، إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم عمداً تواطؤاً بين المدين والمتصرف إليه لحرمانه من إمكانية الطعن بالدعوى البولصية ، وذلك تأسيساً على أن الدائن العادى - بموجب المادة ١٥ إثبات - لا يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية لمدينه ^(١).

ثانياً - الشروط التى تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

١٤٥- لما كانت الدعوى البولصية تقوم على فكرة الغش من جانب

المدين للإضرار بدائنه فإن نطاقها بالتالى يجب أن يقتصر على تصرفات المدين التى يمكن أن تتضمن هذا المعنى وهو ما لا يصدق إلا على التصرف القانونى ^(٢) المفقود.

= (ج . ب . ١٩٦٢ - ١ - ملخص ٢) ؛ وعكس ذلك : لوبرى ورو (أشار اليهما مارتى ورينو ص ٧٢٥ هـ ١) ؛ واستئناف بوج ١٨/٧/١٨٩٢ (د . ١٨٩٢ - ٢ - ٦٠٩) ، وقد استندت فى ذلك إلى أن ما يطلبه الدائن بالدعوى البولصية هو إثبات غش مدينه وتواطؤ المتصرف إليه ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق . انظر فى محض هذا التأسيس جوسران بند ٦٩٦ .

(١) فى هذا الاتجاه : د . المنهورى بند ٥٨٤ ؛ د . ثور سلطان بند ١٢٧ ؛ د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٦٨٥ ؛ د . عبدالفتاح عبدالقلى بند ٨٩ ؛ وانظر عكس ذلك : د . الصده بند ٦٤ ؛ د . عبدالودود يحيى بند ٥١ ؛ ومن هذا الاتجاه العكسى أيضاً كولان وكايتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٦ .

(٢) راجع فى إمكان امتداد هذه الدعوى لتشمل أعمال التقاضى Les actes judiciaires من جانب المدين ، متى تمت بسوء نية . كولان وكايتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٣ ، ويقصدون بذلك فرض مالى توطأ المدين مع أحد الأشخاص ليرفع عليه دعوى لا يقدم =

١- تصرف قانوني :

١٤٦- يجب أن يكون ما صدر من المدين تصرفاً قانوناً حتى يمكن للدائن الطعن فيه بالدعوى البولصية . أما الأعمال المادية حتى العمدية منها فإن الدعوى البولصية لا تمتد إليها ولو ترتب على هذه الأعمال في النهاية تحميل المدين بالتزامات ، لأن هذه الأعمال ، حتى في حالة العمد لا يصدق عليها أن المدين قد قصد بها أساساً الإضرار بدلائنه.

ويمكن استخلاص هذا للشرط من نص المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ مدني حين نصت الأولى على أن « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به...الخ » . وحين تفرق الثانية بين ما إذا كان المدين قد تصرف بعوض أم تبرعاً.

غير أنه يستوى بعد ذلك أن يكون هذا التصرف من جانبيين (عقداً) أو عملاً قانونياً من جانب واحد . كما يستوى كذلك أن يكون معاوضة أو تبرعاً ، منشأً للالتزام أو مسقطاً لحق ، مسجلاً هذا للتصرف أو غير مسجل ^(١) ، مادام يصدق عليه في كل الأحوال أنه تصرف مفتقر على ما سنرى.

(ب) تصرف مفقر :

١٤٧- ويجب من ناحية أخرى : أن يكون هذا للتصرف القانوني

= فيها لغواً جنية حتى يصدر الحكم فيها لمصلحة هذا الشخص ، ومن ثم الإضرار بالمدائنين الآخرين .

ولكنهم مع ذلك يرون أن الأمر ما يتعلق بدعوى بولصية لها شكل خاص ، وهو شكل « اعتراض للخارج على الخصومة » .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٥/٦/٢ طعن رقم ٢٣١ لسنة ٢١ ق مشار إليه في معرض عبدالنواب ص ٤٩٣ .

مفقراً^(١)، وهو ما عبرت عنه المادة ٢٣٧ بأنه تصرف « جبار » بالدائن.

« والتقرير بأن التصرف المطعون فيه بالدعوى للبوصلية يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب ، هو تقرير موضوعي »^(٢).

١٤٨- ولا شك أن للتصرف يكون مفقراً إذا كان من شأنه أن ينقص حقوق المدين بإخراج أموال من ثمنه . سواء تم ذلك بدون مقابل كالهبة أو بمقابل تظل معه فكرة الإضرار بالدائن متوافرة كبيع مال بثمن بخس^(٣)^(٤).

(١) انظر في معنى أن شرط إعسار المدين بالتصرف الذي أبرمه أو زيادة إعساره ، يعنى عن شرط أن يكون التصرف مفقراً . د . إسماعيل غانم بند ٧٠ .

(٢) نقض ١٩٥٢/٢/١٤ طعن رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٠ ، مشار إليه فى معروض عبدالتواب ص ٤٩٢ وقد رتب المحكمة على ذلك أنه : « متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى فى حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين أقام قضاءه على أن لهم ، فضلاً عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن التقدير الذى بقى للمدين بعد تصرفه للطاعات لا يكفى لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر للحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين فقد استند إلى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ فى تطبيق القانون مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذى أدخلته فى تقديرها لإعسار المدين هو دين جدى مستحق الأداء » .

(٣) فى هذا المعنى : كاربونيه بند ١٤١ ص ٥١٨ ، ستارك بند ٢٥٨٥ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د . ١٩٠٠-١٦٦ ، فى شأن بيع بثمن بخس) ، نقض (عزلض) ١٩٠٣/٧/٢٠ (د . ١٩٠٤-١-١٩٦ فى شأن صلح مجحف بالمدين) .

(٤) وانظر فى معنى أن البيع ، ولو بثمن المثل ، يمكن الطعن فيه بالدعوى البوصلية : نقض فرنسى ١٩٧١/٢/١٨ (جـ ك . ب . ١٩٧١-٤-١٧٧) ، مارتى ورينو بند ٧٠٤ =

١٤٩- غير أن معنى التصرف للمفقر يتسع فى الواقع ليشمل بالإضافة إلى التحديد السابق للتصرفات التى يزيد بها المدين من التزاماته (كقرض يصبح بمقتضاه مديناً للمقرض) مادام أن العبرة فى النهاية بأثر تصرفات المدين على حق الدائنين فى الضمان العام . ويدهى أن هذا الحق كما يتأثر بالتصرفات التى تنقص أموال المدين إنما يتأثر كذلك بالتصرفات التى تزيد من التزاماته مادام يترتب على هذه أو تلك إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره .

ومن هنا كان المشرع للمصرى على حق حين جالغ فى التقنين الجديد عيباً تقليدياً فى الدعوى البولصية ، حيث كان تحديد التصرف للمفقر فى التقاليد الرومانية لهذه الدعوى يقتصر على ما ينقص حقوق الدين فقط ولا يتناول ما يزيد فى التزاماته ^(١) . وهكذا تعطى المادة ٢٣٧ مدنى حق الطعن

= والميل فى الفقه وللقضاء الفرنسين على ما يبدو ، هو إلى توسيع مفهوم التصرف للمفقر ، بحيث يشمل للتصرفات التى يخرج بها المدين أموالاً من ذمته ولو بقيمة مساوية لها ، مادام أن هذه القيمة يمكن أن تقلت من متابعه الدائنين بسبب سهولة إخفائها (كما هو الحال فى التفتت مثلاً) أو لأن الحجز عليها لا يكون جائزاً أو يكون صعباً . انظر فى هذا المعنى : متارك بند ٢٥٨٦ وروان تعليق (د . ١٩٥٣-٦٢٥) ، مارتى ورينو بند ٧٠٤ ، نقض ١٩٦١/٦/١٤ (ج . ب . ١٩٦١-٢-٣٠) ، نقض ١٩٧١/٢/١٨ سابق الإشارة . وتعبيراً عن هذا المعنى يقول متارك : « أنه يكون هناك إحصار أيضاً حينما لا يكون بوسع الدائنين (أى على أثر تصرف المدين) اقتضاء حقوقهم » . متارك بند ٢٥٨٦ .

(١) ولا يزال البعض فى فرنسا يقول بذلك : انظر كاريونيه بند ١٤١ ص ٥١٨ . ويشير بعض الشراح إلى أن ذلك هو المعمول به فى فرنسا أخذاً من تقاليد القانون الرومانى ، وأسامة أن الإعسار المدنى ، على العكس من الإقلاس التجارى ، لا يحرم المدين من حقه فى إدارة أمواله . انظر مارتى ورينو بند ٧٠٦ ، وراجع فى التحفظ =

فى تصرف المدين « إذا كان للتصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ».

١٥٠- لكن أياً كان اتساع فكرة التصرف المفقر إلا أنها لا يمكن أن تمتد إلى ما يسمى برفض الاغتناء^(١) بمعنى امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو إنقاص التزاماته . إذ لا يسوغ للدائنين فى هذين الفرضين التذمر من ممتلك المدين ، مادام أن تصرفه على هذا النحو لا يملأه حقاً كان له ، وكان يدخل بالتالى فى الضمان العام لهؤلاء الدائنين ، ولا يتقله بدين جديد يضعف من هذا الضمان ، (ومثال رفض الاغتناء ، أن يمتنع المدين عن قبول هبة) . وليس لهذه القاعدة من استثناء إلا ما يقضى به القانون المدني فى خصوص امتناع المدين عن التمسك بالتقادم وذلك لكسب حق أو إسقاط التزام . فهذا الامتناع - والفرض أن التقادم ، مكسباً كان أم مسقطاً لا يترتب أثره إلا إذا تمسك به من يسرى لصالحه - لا يعدو أن يكون من قبيل رفض الاغتناء ، أى رفض إنقاص الالتزامات (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المسقط) ، أو رفض زيادة الحقوق (فى حالة الامتناع عن التمسك بالتقادم المكسب) ، بما كان ليترتب عليه عدم إمكان الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ولكن المشرع نص فى المادة ٣٨٨ على أن النزول عن التقادم

= على هذا الحل ، ومن ثم إخضاع التصرفات الجديدة التى تتم بتواطؤ تدليس مكميز ، بقصد الإضرار بالدائنين للدعوى البولصية ، مارتي ورينو ، للموضع السابق .

(١) فى هذا المعنى أيضاً : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٦٥ ، سناركه بند ٢٥٨٧ ، مارتي ورينو بند ٧٠٤ ، وعكس ذلك أويرى ورو تاسيماً على عمومية نص المادة ١١٦٧ ، وعلى أن الأموال الجديدة التى سبقت بها الدائن سوف تدخل فى الضمان العام للدائنين . أشار إليهما مارتي ورينو ، للموضع السابق .

المسقط ، استثناء من القاعدة السابقة^(١) ، « لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم »^(٢) . ولما كانت المادة ٩٧٣ قد ألحقت في خصوص التقادم المكسب إلى أحكام المادة ٣٨٨ سابقة الذكر ، فإن هذا الاستثناء يمتد بدوره إلى هذا النوع الأخير من التقادم.

١٥١- كذلك ، فإن وصف التصرف المفقر للضار بالدائن لا يتسع لما

يرد من التصرفات على ما لا يدخل من حقوق المدين في الضمان العام للدائنين : كتصرف المدين في حقوق أو أموال له مما لا يجوز الحجز عليها . إذ لا تعتبر التصرفات الواردة على أمثال هذه الحقوق مضرّة بالدائنين مادام القرض ألهم لن يستطيعوا استيفاء حقوقهم منها . أو تصرفه في حق من الحقوق وثيقة الصلة بشخصه^(٣) ، كتنازله مثلاً عن حقه في التعويض عن ضرر ألبي أصابه.

١٥٢- ويبقى في النهاية التساؤل عما إذا كان وصف التصرف المفقر

الضار بالدائنين يتسع ليشمل تفضيل المدين لأحد دائنيه على سائرهم ، وذلك بأن يوفيه حقه دونهم أو يقرر له سبباً من أسباب التقدم عليهم (كأن يرهن له

(١) انظر في معنى أن هذه الحالة تعتبر استثناء من قاعدة عدم امتداد الدعوى البولصية لرفض الاعتناء : كولان وكابيتان ودى لامورلنديير بند ٢٦٥ .
(٢) ويشرح الفقه الفرنسي المادة ٢٢٣٥ مدني في هذا المعنى أيضاً : انظر مارتى وريبر بند ٧٠٤ (وإن كنا نقولان أنه من المشكوك فيه أن يكون الأمر في هذه الحالة متعلقاً بدعوى بولصية حقيقية) .

(٣) في هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٧٥ ، ومن الفقه الفرنسي : ستارك بند ٢٥٩٥ بلانويل وريبر ورنالون جـ٧ بند ٩٤٧ ، بونسار (تعليق د . ١٩٤٩ - ١٣١) ، نقض فرنسي ١٩٠٢/٢٨ (د . ١٩٠٣ - ١ - ٣٨٣) وعكس ذلك : كولان وكابيتان ، أوبري ورو ، أشار إليهم ستارك ص ٧٨٧ هـ ٢٣ .

مثلاً مالا من أمواله) ؟.

كان هذا التساؤل بشقيه محل خلاف فى ظل التقنين القديم (١) . ذلك لأنه إذا كان من المتصور - من ناحية - افتراض الغش فى جانب المدين الذى يتجه إلى إثارة أحد دائئيه على باقى الدائئين ، فإن سلوك الدائن الذى يسعى إلى استيفاء حقه أو الحصول على ضمان خاص تأميداً لهذا الحق لا يمكن - بالمقابلة - إلا أن يكون سلوكاً بقصد تحقيق غرض مشروع خصوصاً إذا كان حقه قبل المدين مستحق الوفاء .

غير أن هذا السلوك رغم مشروعيته القصد منه إلا أنه سيزترتب عليه فى الواقع الإضرار بالدائئين الآخرين فى النهاية ، مادام أنه سيخل بمبدأ المساواة بينهم وإلى إنقاص نسبة ما يحصل عليه كل منهم عند اقتسام أموال المدين الباقية قسمة الغرماء ، خاصة لو أن المدين إذ يفى لهذا الدائن بحقه إنما يفىه بأكثر من قيمته (٢) .

وقد رأى المشرع فى التقنين الجديد أن يواجه للتساؤل السابق بشقيه فاعتبر إثارة المدين لأحد دائئيه بالوفاء أو الضمان الخاص من قبيل التصرفات المفقرة وأجاز لاطعن فيه بالدعوى البولصية وذلك على النحو التالى :

(١) أشار إلى هذا الخلاف : د . السنهورى بند ٥٧٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي

بند ٩٣ ، د . للصدى بند ٦٠ .

(٢) انظر - من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٤٩/٦/٩ مشار إليه فى معروض

عبداللؤلؤب ص ٤٩٢ .

١- الوفاء^(١).

١٥٣- فرق المشرع بين ما إذا كان الدين الذى أوفاه المدين لأحد دائنيه مؤجلاً أم مستحق الأداء . فى الحالة الأولى أعطى الوفاء حكم التبرع ، وأجاز لبقية الدائنين الطعن فيه ، دون حاجة إلى إثبات غش المدين أو تواطؤ الدائن . أما فى الحالة الثانية فقد أعطاه حكم المعاوضة فاشتراط لإمكان الطعن فيه إثبات للغش فى جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن .

(١) وفى فرنسا يرى البعض أن الوفاء لا يمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية ولو تم بطريق الغش . انظر فى هذا المعنى ، ومبرراته : كولان وكليبتان : دى لامورانديير بند ٢٦٤ ، كاربونييه بند ١٤١ ص ٥١٨ (وهو يقول : أن من وفى دينه لا يفتقر وإنما يغتنى) ، وانظر مارتى ورينو : الذين يقولان أن الأصل فى الوفاء عدم جواز الطعن فيه بهذه الدعوى : بند ٧٠٦ ، وبوجه عام انظر :

Colombet : De la règle que l'action Paulienne n'est pas recevable contre les paiements . R . T . 1965 p . 5 et 5 .

لما فى القضاء الفرنسى : فالميل هو إلى إمكان الطعن فى الوفاء بالدعوى البولصية « متى كان قد تم على أثر غش منبر قصد تسبب ضرر غير مشروع للدائنين » . انظر نقض ١٩٤٥/٧/١٧ (د . ١٩٤٦-س-٢) ، نقض ١٨٩٦/٧/٧ (د . ١٨٩٦-١-٥١٩) .

كذلك يقبل القضاء الفرنسى ، بسهولة أكبر . للطعن بالدعوى البولصية فى « الوفاء بمقابل » ، تأسيساً على أن اللجوء إلى هذا النوع من الوفاء ليس ضرورياً بالنسبة للدائن ، وإن فرص الإضرار بالدائنين فيه تكون أكبر لأن المدين قد وفى بشئ من قيمة أكبر . انظر من تطبيقات القضاء ، نقض ١٩٠٠/١/٣٠ (د . ١٩٠٠-١-١٦٦) ، استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (ج . ك . ب . ١٩٣٨-٢-٤٩٢) وتعليق دالان (، نقض (عرائض) ١٩٤١/٢/٢٤ (ج . ك . ب . ١٩٤٢-٢-١٩١٨) وتعليق بيكيه (، وانظر فى التأسيس مابق الإشارة إليه : متارك بند ٢٥٩٥ ، مارتى ورينو بند ٧٠٦ .

١٥٤- وينتقد البعض الحكم الذى أتى به المشرع للخالية الثانية ، فطالما أنه لم يتم شهر إحصار المدين ، وظلت بالتالى إجراءات التنفيذ الفردية ضد جائزة ، فإن مبادرة الدائن لاستيفاء دينه للمستحق الأداء تعتبر أمراً مشروعاً . هذا فضلاً عن أنه إذا كان يسهل لفترض الغش فى جانب المدين الذى يسعى إلى إثبات أحد دلائليه على سائرهم ، فإنه على العكس لا يمكن تصور الغش فى جانب الدائن أو تواطئه مع المدين إضراراً ببقية الدائنين ، إذا كان لم يحصل بهذا الوفاء إلا على ما هو مستحق له ^(١).

٢- الضمان الخاص :

١٥٥- إذا كان المدين فى ترتيبه للضمان الخاص قد حصل على مقابله من الدائن (كأن مدَّ له أجل الدين فى مقابل الرهن) كان تصرف المدين فى حكم المعاوضة ، وجاز الطعن فيه بالشروط الخاصة للطعن فى هذا النوع من التصرفات . وهى ضرورة الغش من جانب المدين والتواطؤ من جانب الدائن . أما إذا كان قد قدم هذا الضمان دون مقابل ، أخذ تصرفه حكم التبرعات وجاز للطعن فيه دون حاجة لإثبات الغش أو التواطؤ . فإذا نجحت الدعوى البولصية ترتب عليها حرمان الدائن من الميزة التى قررها له المدين . وذلك بعدم نفاذ ضمانه الخاص فى مواجهة باقى الدائنين (م ١/٢٤٢).

ثالثاً : الشروط التى تتعلق بالمدين :

١٥٦- فى ضوء الهدف من الدعوى البولصية وهو المحافظة على الضمان العام للدائنين ، يقصد استيفائهم كامل حقوقهم من ذمة المدين

(١) فى هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٠٧ .

المالية ، يمكن رد الشروط التي تتعلق بالمدين إلى شرطين : الإعسار والغش.

١- الإعسار :

١٥٧- ويقصد به هذا الإعسار الفعلي ^(١)، على النحو الذي بيناه في خصوص الدعوى غير المباشرة ^(٢). فإذا تسبب تصرف المدين في إعساره ، بأن كان موسراً قبله ثم أعسر بسبب هذا للتصرف ، أو أدى إلى زيادة إعساره بأن كان معسراً قبله فزاد للتصرف من هذا الإعسار ، كان من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ^(٣).

(١) انظر في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧٨/٥/٨ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

وقد وصفت محكمة النقض ، المدين للذين أصبح في حالة إعسار بأنه الذي أصبح « لا يفي ماله بمطلوب غرامته » . انظر نقض ١٩٣٦/١١/١٩ مشار إليه في معوض عبدالتوب ص ٤٨٧ .

(٢) ولا يعد حجة في نفي هذا الإعسار ، القضاء برفض شهر الإعسار لعدم توافر الإعسار القانوني للمدين . انظر في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧٨/٥/٨ سابق الإشارة .

(٣) ويرى محكمة النقض الفرنسية ، أنه يمكن للدائن أن يطعن بالدعوى البولصية ولو كان تصرف مدينه لا يؤدي إلى إعساره ، ما دام هذا التصرف قد تعلق بمال محدد يشكل ضماناً خاصاً للدائن (كعين مرهونة ضماناً لحق هذا الدائن) ، وذلك تأسيساً على أن غش المدين في هذه الحالة ، من شأنه أن يقلل فرصة حصول الدائن على حقه . انظر نقض ١٩٨٠/١٠/١٥ (د . ١٩٨١-٣٤٨ وملاحظة فاسير) . وفي نفس الاتجاه : استئناف باريس ١٩٣٧/٧/٢٣ (د . ١٩٣٩-٣-٨١ وتعليق رابوان) ، نقض (اجتماعي) ١٩٤١/١٢/١٩ (ج . ل . ع ب ١٩٤٢-٢-١٨٠٩ وتعليق بيكيه) .

بل قضى بالمتداد الدعوى البولصية لتشمل تصرف المدين في مال محدد كان قد وعد الدائن ببيعه له (وبالمخالفة لهذا الوعد) : انظر : نقض (عرائض) =

ويظل التسبب في الإعسار أو للزيادة فيه أمراً متصوراً حتى ولو كان تصرف المدين معاًوضة كأن يبيع بئمن بخس مثلاً أو يشتري بئمن بفوق قيمة الشيء.

١٥٨- على أنه يلزم من ناحية أخرى حتى يكون هناك من مبرر لتزمر الدائن أن تظل حالة الإعسار قائمة حتى وقت رفع الدعوى ، لأنه إذا أصبح المدين موسراً في هذا الوقت ولأى سبب ، لم يعد للدائن مصلحة في رفع الدعوى البولصية للطعن في تصرف كان قد أدى إلى إعسار مدينه.

١٥٩- هذا ويتعين على الدائن وفقاً للقواعد العامة أن يقيم الدليل على إعسار المدين بالمعنى السابق^(١) . غير أن المشرع قد خفف من مهمته في هذا الشأن حين لم يوجب عليه في المادة ٢٣٩ « إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته - أى المدين - من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » . ويكون هذا الإثبات الأخير للمتصرف إليهم أيضاً^(٢).

= ١٩٢٦/١/١٢ (د . ١٩٢٦-١-١١٦) ، ونظرس أيضاً : نقض عرائض ١٩٤٠/٨/٢٨ (س ١٩٤٠-١-١٠٢) ، ونقض ١٩٤٨/٤/١٠ (ج ب ١٩٤٨-١-٢٧٥ ، د . ١٩٤٨-٤/٢١٠ وتعليق لينول ، ج ك ب ١٩٤٨-٢-٤٤٠٣ ، وتعليق بيكيه ، ر ب ت ١٩٤٨ ص ٣٤٥ وملاحظات هنرى وليون مازو ، ص ٣٤٩ وملاحظات كاريوبينييه) . ونظر في نقد هذا التوسع مارتى ورينو بند ٦٩٩ .

(١) لنظر نقض ١٩٣٦/١١/١٩ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ ق ، وفيه تضيف أنه « ولا يعتبر ذلك منهم دعماً بالتجريد إنما هو إثبات لتخلف شروط الدعوى المذكورة وهو تسبب التصرف في إعسار المتصرف أو في زيادة إعساره » . مشار إليه في معوض عبدالوهاب ص ٤٩٦ .

٢- الغش :

١٦٠- لا يكفي أن يكون تصرف المدين قد أضر بالدائن لما أدى إليه من إعساره أو الزيادة فيه ، وإنما يلزم أيضاً أن يكون المدين قد قصد بهذا التصرف إلى هذه النتيجة . أو كما عبرت المادة ٢٣٨ ، أن يكون التصرف « منطوياً على غش من المدين » .

ووفقاً للقواعد العامة في الإثبات ، سيكون من المتعين على الدائن أن يقيم الدليل على هذا الغش ، بمعنى أن يثبت أن المدين قد قصد بتصرفه إلى التخلص من الوفاء بالتزامه في مواجهة الدائن عن طريق إنقاص ضمانته العام على أمواله . غير أنه نظراً لصعوبة هذا الإثبات فقد أقام المشرع في المادة ٢٣٨ لمصلحة الدائن قرينة يكفي بمقتضاها « لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر » ^(١) . حين يتعين على هذا الأخير ، إذا شاء ، أن يحض هذه القرينة ، بإقامة الدليل على أنه بالرغم من علمه إلا أنه كان لا يقصد بالتصرف الإضرار بدائنه وإنما كان يحثوه فيه باعث مشروع (كحصوله على حاجاته الضرورية ، أو ترويج أمواله بهدف الوفاء بحقوق الدائنين مما تدره من ربح كان يتوقعه) .



(١) والفقه الفرنسي لا يستلزم ، بدوره ، لتقول بوجود الغش في جانب المدين ، أن يكون هذا الأخير قد تعدد الإضرار بالدائنين ، وإنما يكفي ، لذلك ، علم المدين بالضرر الذي سوف يسببه للدائنين نتيجة لما سيؤدي إليه تصرفه من إعساره أو للزيادة في هذا الإعسار . انظر في هذا المعنى : كولان وكايتان ودي لاموراندبير بند ٢٥٩ ، وفي نفس الاتجاه : استئناف مونبيلييه ١٩٣٢/٧/٧ (د . ١٩٣٣-٢-٩٧ وتعليق مارسيل ناس) .

١٦١- غير أنه إذا كان تصرف المدين معاوضة ، فإنه يلزم فى الواقع حماية المتصرف إليه حسن النية الذى لا يعلم شيئاً عن مقاصد المدين (المتصرف) . لذلك تستوجب المادة ٢٣٨ إمكان الطعن بالدعوى البولصية فضلاً عن غش المدين ، أن يكون من صدر له التصرف « على علم بهذا الغش » (١)(٢) . وقد أقام المشرع فى هذه الحالة بدورها ، قرينة لمصلحة الدائن يعتبر بمقتضاها « من صدر له التصرف عالماً بغش المدين . إذا كان قد علم أن هذا المدين معسراً » (٣)(٤)(٥) .

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الشرط ، نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ وفيه قالت المحكمة : « لأن الغش من الجانبين هو من الأركان للوجوب قيام الدعوى البولصية عليها ، فالحكم الذى لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاضدين يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه » مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٤٩٠ .

(٢) ورغم أن المادة ١١٦٧ منى فرنسى لا تستلزم هذا الشرط ، إلا أنه شرط مسلم به فى الفقه ، أخذاً بتقاليد هذه للدعوى فى القانون الرومانى . أشار لذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندبيز بند ٢٦٠ .

(٣) وقد قضت محكمة للنقض المصرية ، بأن استخلاص علم المتصرف إليه ، أن التصرف سبب إعسار المدين ، هو من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع . نقض ١٩٧٥/١٢/٨ المجموعة السنة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ١٥٨٠ . نقض ١٩٧٨/٥/٨ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٤٩٦ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٣/١٠/١٥ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٤٩٣ .

(٥) أما فى فرنسا ، حيث لا نص ، فإن الفقه يرى أن عبء الإثبات هذا يقع على الدائن ، فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبيز بند ٢٦٠ ، ومن تطبيقات القضاء نقض (عزل) ١٩١٣/١/٦ (د ١٩١٤-٢-٤٠) ، إذ قضت بضرورة أن يثبت أن المتصرف إليه كان يعرف هو الآخر مركز المدين والعواقب التى يمكن أن يسببها تصرفه للدائنين . وانظر أيضاً : مونيبيليه ١٩٣٢/٧/٧ سابق الإشارة .

وهكذا يلزم في المعاوضات ، ونظراً لضرورة استقرار المعاملات ، أن يكون هناك غش من جانب المدين ، وتواطؤ من جانب المتصرف إليه^(١) . وأن « يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه »^(٢) .

وبدئى أن للمتصرف إليه أن ينفي القرينة على تواطئه ، المستفادة من

(١) انظر : نقض مصرى ١٩٧٣/١٢/٤ للمجموعة السنة ٢٤ رقم ٢١١ ص ١٢١٣ ، نقض ١٩٧١/٤/٢٧ للمجموعة ٢٢-٨٩-٥٦٥ ، وفى فرنسا نقض ١٩٨٣/١/٢٥ (د . ١٩٨٣ - ر . ٣٠٦) .

(٢) وبدئى أن تقدير دليل للتواطؤ والعلم بإعصار المدين ، كشرط لعدم نفاذ تصرفه ، هو من المسائل التى تترك لمحضر سلطة محكمة الموضوع التقديرية . فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٥/٨ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

(٣) نقض ١٩٧١/٤/٢٧ للمجموعة السنة ٢٢ ص ٥٦٥ ، وقد رتب على ذلك أنه « إذ كان الحكم المطعون فيه - بعد أن ثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى ، وثبت فى عقد البيع التصالح له من المطعون عليه الثانى أن العين المبيعة محقة برهن رسمى للمطعون عليها الأولى ضمناً لدينها قبل المطعون عليه الثانى البائع - وأن هذا الرهن سابق فى القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن ، واستخلص الحكم من شهادة شاهده المطعون عليها الأولى فى هذا الخصوص ومما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءاً من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثانى وبين الطاعن تأسيساً على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يودى إلى إعصار المطعون عليه الثانى ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن قبل على الشراء وهو على بينة من الدين ومن الرهن المقيّد على العين المبيعة ضمناً لهذا الدين ، والذى يخلو للمطعون عليها الأولى تتبع العقار فى أى يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثانى للطاعن - فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال » .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٣/١٢/٤ للمجموعة السنة ٢٤ ص ١٢١٢ ، نقض ١٩٧٨/٥/٨ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٤٩٥ .

علمه بأن المدين كان معسراً وقت أن تصرف إليه - بأن يثبت عكسها . ويتعين على المحكمة ، حالئذ ، أن تمحص الدليل المقدم منه في هذا الشأن وتقول فيه كلمتها ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور في التسبيب »^(١).

١٦٢- أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعاً فإن من حق الدائن أن يطعن في هذا التصرف بالدعوى البولصية « ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن للمدين لم يرتكب غشاً »^(٢) (م ٢/٢٣٨).

والحكمة في التفرقة الثانية بين التبرعات والمعاضات ، أن الغير الذي تعاقد بعوض مع المدين إنما يسعى إلى ذرء مغرم حين أن من كسب المال تبرعاً إنما يسعى إلى جلب مغنم . وقد فضل الشارع مصلحة الأول على مصلحة الثاني تحقيقاً للعدالة.

(١) انظر : نقض ١٩٤٣/٤/١ ، وقد جاء فيه ، ترتباً على ذلك ، أنه : « إذا كان المشتري قد تملك بأن البيع للصادر إليه إنما كان تموية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع ، مستنداً في ذلك إلى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قنمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث وللتمحيص لكي تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره على مدينه دليلاً على تواطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس ، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور في أسبابه » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٤٩١ .

وانظر بالمقابلة ، نقض ١٩٧٣/١٢/٤ وقد جاء فيه : « وإذا كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التي أوردها أن المتصرف إليه - مشتري العقار - لم يكن يعلم أن التصرف يؤدي إلى إضرار - البائع - ورتب على ذلك عدم توافر النقص في جانب المتصرف إليه بما ينتلئ مع أحد أركان دعوى عدم نفاذ التصرف ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً » . مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٤٩٥ .

(٢) في هذا المعنى أيضاً : نقض فرنسي ١٩٨١/٤/٢٣ . د . ١٩٨١ - ٢٩٥ .

تصرف المتصرف إليه فيما تلقاه من المدين :

١٦٣- قد يتصرف المتصرف إليه في الشيء الذي آل إليه من المدين

لشخص ثالث . فنكون بهذا الشكل أمام تصرفين :

تصرف من المدين إلى متصرف إليه أول ، ثم تصرف من هذا الأخير إلى متصرف إليه ثان . وقد ولجّه المشرع هذا للفرض ونظم حكمه على أساس من ضرورة النظر إلى كل تصرف على حدة ، ومما إذا كان هذا التصرف معاوضة أم تبرعاً ، ليتعين على الدائن أن يقيم الدليل على الغش والتواطؤ حسب ظروف كل تصرف . فتقتضي في هذا الشأن الفقرة ٣ من المادة ٢٣٨ بأنه « وإذا كان الخلف لأذى انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعد نفاذ التصرف ، إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إفسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ».

وهكذا يمكن تصور الفروض الأربعة التالية :

١- أن يكون كل من للتصرف الأول (في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه الأول) والتصرف الثاني (في العلاقة بين المتصرف إليه الأول والمتصرف إليه الثاني) معاوضة : عندئذ يتعين إقامة الدليل على الغش والتواطؤ في التصرفين ، بمعنى أن يثبت الدائن غش المدين وعلم المتصرف إليه الأول وعلم المتصرف إليه الثاني

بهذا الغش^(١).

٢- أن يكون كل من المتصرف الأول والمتصرف الثاني تبرعاً عندئذ لا يشترط غش المدين أو المتصرف إليه الأول أو المتصرف إليه الثاني.

٣- أن يكون المتصرف الأول معاوضة والثاني تبرعاً : وعندئذ يتعين على الدائن أن يثبت غش المدين وعلم المتصرف إليه الأول ، ولا يلزم بإثبات علم المتصرف إليه الثاني.

٤- أن يكون المتصرف الأول تبرعاً والثاني معاوضة : وعندئذ لا يشترط إثبات غش المدين أو علم المتصرف إليه الأول ، وإنما يلزم إثبات علم المتصرف إليه الثاني بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للخلف الأول.

وقد أجملت هذه الأحكام الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٨ بقولها : « وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه يعرض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتممك بعد نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعرض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ».

آثار الدعوى البولصية :

١٦٤- ليس من الدقة أن توصف هذه الدعوى بأنها دعوى

(١) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ المجموعة

السنة ١٩ ص ١٢٨٢ .

إبطال^{(١)(٧)} التصرفات الصادرة من المدين إضراراً بدائنيته ، مادام أن

(١) ومع ذلك فقد كان هذا الوصف هو الذى استعمله المشرع فى التقنين المدنى القديم (مادة ١٤٣) . ولذلك جرى قضاء النقض على استعماله أيضاً فى الدعاوى التى كانت خاضعة لتطبيق ذلك التقنين . انظر مثلاً ، من هذه الأحكام : نقض ١٩٣٦/١١/١٩ ، نقض ١٩٤٣/٤/١ ، نقض ١٩٥١/٤/١٩ ، مشار إليها فى معوض عبدالنواب صفحات ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ على الترتيب ، وانظر أيضاً نقض ١٩٥٥/٦/٢ ، وفيه تقول المحكمة « متى تحققت للشروط المقررة لبطلان التصرف تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى القديم ، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكيته للعين المتصرف فيها ، إلى البائع ، ويكون من حق للمشتري الذى لم يسجل عقده ، بوصفه دائناً بالثمن ، للتنفيذ عليها جبراً استيفاءً لدينه . . » المجموعة السنة ٦ ص ١١٨٥ .

ولئن كانت الأحكام الصادرة فى ظل تطبيق التقنين المدنى الحالى ، لم تعد تستعمل لفظة البطلان ، إلا أن هذه اللفظة وردت - للألف - فى بعض الأحكام الصادرة فى دعاوى خاضعة لهذا القانون (أى للمدنيين ٢٣٧ ، ٢٣٨) . انظر مثلاً نقض ١٩٧١/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٢ رقم ٨٩ ص ٥٦٥ .

بل وشمة أحكام ظهر فيها كل من التفتين فى أن واحد « عدم النفاذ » « والبطلان » . انظر مثلاً : نقض ١٩٥١/٤/١٩ مشار إليه معوض عبدالنواب ص ٤٩٧ وقد جاء فيه .

« الدعوى البوصية ليست فى حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الضار بدائنه فى حق هذا الدائن وبالتقدير الذى يكفى للوفاء بدينه . وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه وإن قضى فى منطوقه بإبطال الوقف إلا أن ما أورده فى أسبابه يفيد أن هذا الإبطال لا يكون بالا بالتقدير الذى يكفى للوفاء بالباقي للمطعون عليه للثانى من دينه الخ » .

(٢) ومن رأوا فى هذه الدعوى دعوى بطلان ، وإن كان من نوع خاص : جوسران بند ٧٠٤ .

راجع فى طبيعة هذه الدعوى :

J-ACHER : Essai sur la nature de l'action paulienne, Rev . trim . 1906

البطلان هو وصف يلحق تصرفاً قانونياً لم يستكمل الشروط التي يستلزمها القانون لقيامه، حين أن التصرف الذي يطعن فيه للدائن بالدعوى البولصية هو تصرف صحيح تماماً بين طرفيه ^(١) ويظل على صحته . وكل ما يقصده الدائن من هذه الدعوى هو اعتباره من الغير في خصوص هذا التصرف حتى لا يحتج به في مواجهته.

ومن هنا جاءت تسمية هذه للدعوى بأنها دعوى عدم نفاذ للتصرفات في مواجهة الدائن . لأنه فيما عدا هذا الأثر يبقى التصرف قائماً بين طرفيه (المدين والمتصرف إليه) . وفي ذلك نقول محكمة النقض « الدعوى البولصية ليست في حقيقتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضراراً بدائنته ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحاً وقائماً بين عاقيه منتجاً كافة آثاره القانونية بينهما » ^(٢)، ^(٣).

بل إن عدم نفاذ التصرف في حق الدائن إنما يكون - كما نقول محكمة

= مارتى ورينو بند ٧١٩ إلى ٧٢٢ ، ستارك بند ٢٥٨٢ ، ود . السنهوري بند ٥٩٩ ، د . أبو ستيت بند ٦٤٥ ، د . للصدده بند ٥٦ ، د . البراوى بند ١١٣ .
(١) وفي ذلك ، نقول الأعمال التحضيرية : « لما كانت الدعوى البولصية دعوى افتقار أو عدم نفاذ فهي لا تمس صحة للتصرف ... » . مشار إليها في معروض عبدالتواب ص ٤٩٧ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٦/١٣ المجموعة للسنة ٢٣ ص ١١٠٥ .

(٣) وقد فرغت على ذلك محكمة النقض (رغم وصفها للدعوى البولصية بأنها دعوى إبطال) أنه لا يجوز لمن يطلب تثبيت ملكيته لعين « أن يطلب بطلان تصرف حصل للغير ممن باع له هو هذه العين بدعوى توأطو هذا البائع مع المشتري الثاني على الإضرار به ، وذلك لأن كلا من الدعويين (تثبت الملكية ، والبطلان) تتنافى مع الأخرى » . نقض ١٩٣٧/١٢/٩ سابق الإشارة إليه .

النقض - « بالقدر الذى يكفى للوفاء بدينه »^(١).

١- عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن :

١٦٥- يترتب على نجاح الدعوى البولصية عدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهة الدائن . فبقي لهذا الأخير الحق فى التنفيذ على المال موضوع التصرف ، كما لو كان لم يخرج من ذمة المدين المالية.

« ولا يغير من هذا فى شيء ، أن يكون التصرف (المطفون فيه) سجلاً ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائته ، فى مواجهة المتصرف إليه الذى يطلب تثبيت ملكيته استناداً إلى عقده المسجل ، بالدعوى البولصية . وليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها »^(٢).

غير أن هذه النتيجة وفقاً للمادة ٢٤٠ مدنى لا يستأثر بها الدائن رافع الدعوى وحده^(٣) ، لأنه بموجب هذه المادة « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استناداً من ذلك جميع الدائنين الذين صر هذا التصرف إضراراً بهم »^(٤) .

(١) انظر نقض ١٩٥١/٤/١٩ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٤٩٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ ، نقض ١٩٥٥/٦/٢ مشار إليهما فى معوض عبدالتواب ، الصفحات ٤٨٨ ، ٤٩٣ على الترتيب .

(٣) انظر عكس ذلك ، وتطبيقاً لمبدأ نسبية أثر الحكم : كولان وكاييتان ودى لاموراندبير بند ٢٦٨ ، وانظر أيضاً : جوسران بند ٧٠٢ ، نقض ١٩٢٣/١٢/٤ (د أ ١٩٢٤-٢٢ ، ص ١٩٢٤-١-٢٥٤ وتعليق كولان) .

(٤) ويشير جوسران (بند ٧٠٢) إلى أن البعض فى الفقه وبعض أحكام القضاء ، كان يأخذ بهذا الحل أيضاً ، وذلك قياساً على الدعوى غير المباشرة ، وتأسيساً أيضاً على فكرةي الوكالة والفضالة . فى معنى أن الدائن رافع الدعوى البولصية يكون قد تصرف كوكيل أو فضولى عن باقى المدينين . ويذكر أن هذا الاتجاه أصبح مهجوراً : -

ولعل ما قرره هذه المادة ، بالمخالفة لقاعدة نسبية أثر الحكم ، يقضى على جانب كبير من الأهمية العملية للدعوى البولصية طالما أن الدائن الذى يتحمس إلى رفعها ، يعلم منذ البداية أنه لن يستأثر بحصيلتها وإنما سيشاركه فيها من لم يقتسم معه من الدائنين الآخرين مشقة رفعها . على أن يكون من المفهوم أننا نقصد بالدائنين الآخرين فى هذا الصدد ، للدائنين الذين توافر فيهم شروط رفع الدعوى للبولصية ، بمعنى الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف المطعون فيه.

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه لئن كان من شأن إجابة المحكمة الدائن إلى طلبه (بعدم نفاذ التصرف) إبطال الحق المتصرف فيه فى الضمان العام للدائنين ^(١) ، إلا أن قضاءها فى هذا الخصوص « من شأنه إخراج الدائن الذى توطأ مع المدين إضراراً بباقي الدائنين ، من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم فى حصيلة الحق المتصرف فيه عند التنفيذ عليه . وليس له أن يقتضى ماله من دين فى ذمة مدينه إلا مما عسى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد للتنفيذ » ^(٢).

٢- بقاء التصرف صحيحاً فيما بين المتعاقبين ^(٣):

١٦٦- فيما عدا الأكثر السابق يظل التصرف قائماً صحيحاً بين طرفيه،

= فالدعوى البولصية ، على العكس من الدعوى غير للمباشرة ، إنما ترفع باسم الدائن شخصياً ، ولأن نية تمثيل الدائنين الآخرين لا تكون فى الواقع لدى الدائن رافع هذه الدعوى .

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٦/١٣ للمجموعة لسنة ٢٣ ص ١١٠٥ .

(٢) نقض ١٩٦٥/٦/١٠ للمجموعة السنة ١٦ ص ٧٢٤ ومشار إليه أيضاً فى

معروض عبدالنواب ص ٤٩٤ .

(٣) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٢/٦/١٣ للمجموعة السنة ٢٣ رقم ١٧٤

ص ١١٠٥ .

المدين والمتصرف إليه ^(١) . وتقريباً على ذلك :

(أ) يكون الباقي من ثمن الشيء بعد التنفيذ عليه (إذا كان موضوع الدعوى البولصية الطعن فى عقد بيع) من حق المتصرف إليه (المشتري) ، لا للمدين (البائع) .

(ب) للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بجميع الدفوع الناشئة من العقد الذى يربطه به . فله مثلاً أن يطلب الفسخ بالنظر إلى ما أدت إليه الدعوى البولصية من عدم تنفيذ للعقد . كما يستطيع - إذا كان التصرف الصادر من المدين بيعاً - أن يرجع عليه (مثلاً يرجع كل مشتري) بضمان الاستحقاق ، وقد ترتب على الدعوى البولصية لفتراخ المبيع من تحت يده .

(جـ) للمتصرف إليه ، وقد استوفى الدائن حقه من ماله ، أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

٣- تخلص المتصرف إليه من الدعوى :

١٦٧- ويبقى أنه « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزينة المحكمة » (م ٢٤١) ^(٢) . ولا يعدو ما قرره المشرع بهذا النص أن يكون فى الواقع تطبيقاً لمبدأ لا دعوى حيث لا مصلحة لأن الدائن - وقد أعاد من تلقى الحق من المدين ثمة هذا الأخير المالية لوضعها الأصلية ، بمعنى أعاد الضمان العام إلى ما كان عليه قبل التصرف فيه - لا

(١) انظر نقض ١٩٧٢/٦/١٣ مابق الإشارة إليه .

(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى ، تقول الأعمال التحضيرية للمادة ٢٤١ أن : « لمن صدر له التصرف أن يقيم الدليل على حسن نيته بإيداع ثمن ما آل إليه بمقتضى التصرف وبذلك يبقى آثار الطعن فتسقط الدعوى » .

يكون له من مصلحة في الاستمرار في الدعوى.

تقادم الدعوى البولصية :

١٦٨- ولما كان إكبان الطعن على تصرف المدين بالدعوى البولصية، يجعل نفاذه مهدداً ، وكان من غير المقبول أن يبقى هذا التهديد قائماً لمدة طويلة ، فقد حدد المشرع لسقوط هذه الدعوى بالتقادم مدة قصيرة ، هي ثلاث سنوات ، تحسب من اليوم الذي يعلم ^(١) فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ^(٢)، ويحد أقصى ، في جميع الأحوال ، خمس عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه (م ٢٤٣) ^(٣).

وتطبيقاً لهذه الأحكام ، جاء في حكم لمحكمة النقض أن : « مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البولصية تسقط بأقصر المدينين : الأولى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٧/١/١١ للمجموعة السنة ٢٨ رقم ٤٦ ص ١٩٤ ، وقد جاء فيه أن : « العلم الذي يبدأ به سريان التقادم الثلاثي في دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وبإصدار المدين والغش الواقع منه . واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع فيه لرقابة محكمة للنقض متى كان تحصيلها سافهاً » .

(٢) ويذهب أن علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لا يفترض ، ومن ثم فإن على من يتمسك بهذا الدفع ، أن يثبت هذا العلم وتاريخه ، ولا يكفي إثبات علمه بحصول التصرف . في هذا المعنى نقض ١٩٧٩/١٢/٦ للمجموعة السنة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص ١٧١ .

(٣) انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ للمجموعة السنة ١٩ ص ٤٦٠ وفيه تقول المحكمة ، أنه : « إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى البولصية بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٢٤٣ من القانون المدني فإنه لا يجوز له التحدى بهذا التقادم لأول مرة أمام محكمة النقض » .

حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسيبه من إفسار للمدين أو بما ينطوى عليه من غش إذا كان من المعاوليات . والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف . ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يثبت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم ^(١).

خاتمة المبحث : مدى إمكان استفادة الدائن من كل من السدعيين ،
غير المباشرة والبولصية في آن واحد ؟

١٦٩- أجابت على هذا التساؤل محكمة النقض بقولها أنه : « وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبتين إحداهما بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالاً ، بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية أو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك » ^(٢).

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٦ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٥٠/٢/٢ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاماً ص ٦٥٢ ومشار إليه أيضاً في معوض عبداللّوالب ص ٤٨٧ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٠/٣/٣٠ وفيه قضت بجواز إثارة الدعوى البولصية « كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب ففاز هذا التصرف » ، ونقض ١٩٥٢/٢/١٤ مشار إليهما في معوض عبداللّوالب ، ص ٤٨٨ .

المبحث الثالث

دعوى الصورية^(١)

Action en déclaration de Simulation

تمهيد :

١٧٠- إذا كان المشرع قد كفل للدائنين الحق في رفع الدعوى غير المباشرة لمواجهة موقف سلبى من جانب مدين مهمل ، والدعوى البولصية لحماية ضمانهم العام من جراء موقف إيجابى من مدين سوى النية قصد بتصرفه الإضرار بهم ، فإن الضمان العام للدائنين لا يزال يتصور تأثره من جراء اصطناع المدين لمظهر تصرف غير جدى ، لو لم يعلم الدائن حقيقته لأثر ، رغم مظهريته ، على ضمانه العام . هذا المظهر الكاذب الذى يخفى حقيقة تصرف المدين هو ما يعرف بالصورية.

ولذلك ، ولإحكام للحفاظ على الضمان العام ، خول المشرع الدائنين الحق فى الكشف عن حقيقة هذه المظاهر الكاذبة ، وذلك برفع دعوى الصورية.

(١) انظر فى هذا الموضوع : أحمد مرزوق : فى نظرية الصورية فى التشريع

المصرى - رسالة للقاهرة ١٩٥٨ ،

ROCHET (E) : La simulation en droit civil et en droit fiscal . Thèse Toulouse 1906, BREDIN (J. D.) : Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé . R. T. 1956 p. 261-289; DAGOT (M) : La simulation en droit privé 1967 : PLANIOL (M) : De l'action en déclaration de simulation . R. crit 1886 p. 622-642 No 9;

(٢) علاج المشرع الفرنسى ، الصورية ، فى المادة ١٣٢١ ، فى الباب المخصص

للإثبات بحسبانها من مسائله ، نظرا فى ذلك إلى ورقة الضد كمحرر لإثبات صورية العقد الظاهر . راجع فى نقد هذا المنهج (على أساس من أن الأمر يتعلق فى الحقيقة بأثر العقد) : جوجانر (دروس مازو) بند ٨١٢ .

غير أنه يجدر التنويه ، بأن المدين ، فى اتجاهه إلى إخفاء حقيقة تصرفه ، قد لا يقصد بذلك الإضرار بدائيته وإنما يقصد باعثاً مشروعاً^(١) . كما أن الصورية بذاتها لا تعتبر سبباً لبطلان للتصرف للقانونى^(٢) ، إذ من حق الأفراد أن يخفوا حقيقة ما اتفقوا عليه تحت أى مظهر مخالف ، شريطة ألا تكون هذه الحقيقة مخالفة للنظام العام أو الآداب^(٣) . وعندئذ يكون من المتصور أن يلجأ أحد أطراف هذا التصرف للصورى إلى رفع دعوى صورية ، للكشف عن حقيقة التصرف^(٤) .

وهكذا يجب أن يكون من الواضح أن الصورية نظرية عامة . وأن دعوها لا تقتصر على مجال حماية للضمان العام للدائنين.

(١) كما لو أراد مثلاً أن يهب لشخص ، سبق أن اسدى إليه معروفاً ، دون أن يستثير بغيره له حقيقة أقريلته ، فيستر لهية ، مثلاً ، تحت ستار عقد بيع .
(٢) فى هذا المعنى : روشيه ص ٣١ . وبعض القوانين للمقارنة (كالقانون الألماني ، والإيطالى ، والأسباني ، والبرتغالى والمويسرى) تقرر هذا المبدأ صراحة : أشار لذلك دلجو ص ١٧٤ بند ١٧٢ .

وانظر أيضاً الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٤ . ويلاحظ أن القانون المسمى القديم كان يجعل فى المادة ١٤٣ منه الإبطال جزاء للصورية ، وقد أسست هذا الجزاء محكمة النقض ، على أساس مما فى للصورية « من الإضرار بالغير » انظر نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ مشار إليه فى معوض عدللتواب ص ٤٠٥ .

(٣) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٢٧٤ .

(٤) إنما يلزم فى هذه الحالة ، وكما أكتنه محكمة للنقض المصرية أن يكون الطعن بالصورية صريحاً جازماً فى معناه . هذا المعنى الذى لا يفهده - مثلاً - مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتياط « لاختلاف الأمرين مدلولاً وحكماً » ، « لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً فى نية عاقله ، أما للتواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ، ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له » . نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٥ ص ١١٣٥ .

التعريف الصورية - وأنواعها :

١٧١- يمكننا تعريف للصورية بأنها إخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر مصطنع ^(١) أو في عبارة أخرى ، اصطناع مظهر كاذب عند إبرام تصرف قانوني وإخفاء هذا التصرف تحت هذا المظهر.

وقد يتصل الإخفاء بالتصرف ذاته ، وقد يرد على أطراف هذا التصرف . وفي النوع الأول ندرج الصورية من النسبية إلى الإطلاق ، فقد لا تحجب إلا جزءاً من حقيقة التصرف ، وقد تكون مجرد مظهر مصطنع لتصرف لا وجود له في الحقيقة . وهكذا يمكن التمييز بين عدة أنواع من الصورية على النحو التالي :

١- صورة مطلقة ترد على التصرف ذاته ^(٢):

١٧٢- حين يتفق العاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إطلاقاً إليه . أو في عبارة أخرى ، حين تتعمد الحقيقة كذبة وراء هذا المظهر الكاذب ^(٣) . ومثالها : حالة المدين الذي يريد تهريب

(١) ويعرفها كاريونيه بأنها « كذب منبر بين المتعاقدين »

«Un mensonge concerté entre les contractants»

ص ١٢٧ بند ٣٩ .

(٢) وقد عرفتها محكمة النقض بأنها « تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة » نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ للمجموعة س ٢٩ ص ١٣٣٧ .

(٣) وتطبيقاً لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية ، بأن للعقد الصوري صورية مطلقة لا وجود له ، ومن ثم فلا محل لتوجيه طلب الشفعة إلى المشتري في هذا العقد ، في ١٤/٤/١٩٧٠ للمجموعة السنة ٢١ رقم ٩٩ ص ٦١٨ ، كما قضت بأن قاعدة الأسبقية في التسجيل لا مجال لإعمالها إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة ، في ١٩٧٠/٥/٢١ للمجموعة ٢١-١٤٢-٨٨٦ .

بعض أمواله من ضمان الدائنين ، فيتفق مع شخص آخر على اصطناع مظهر عقد بيع لهذه الأموال حين أنهما في الحقيقة لم يقصدا إلى هذا البيع ، وبالتالي لم يقبض المدين ثمة شيء من ذلك المشتري الصوري . وعادة يحتاط المدين لنفسه في مواجهة هذا الأخير فيمكتبه إقراراً يسمى ورقة الضد *Contre-lettre* بأن هذا البيع لا وجود له في الحقيقة ^(١).

٢- صورية نسبية ترد على تكييف التصرف :

١٧٣- حين تتجه الإرادة الحقيقة للمتعاقدان إلى إبرام تصرف معين ولكنهما يتفان على ستره تحت تصرف آخر يختلف عنه في الطبيعة ، ومثالها : أن يستر المتعاقدان عقد الهبة في صورة بيع ، وذلك مثلاً بقصد جعل استعمال للدعوى للبوصية أكثر صعوبة ومشقة على الدائنين ^(٢).

٣- صورية نسبية ترد على شرط في العقد :

١٧٤- كأن ينكر المتعاقدان في عقد البيع ثمناً مخالفاً لما اتفقا عليه في الحقيقة : إما بالنقص ، للتهرب من رسوم التسجيل مثلاً ، أو بالزيادة لإعاقبة الشفيع مثلاً عن التمسك بالشفعة.

٤- صورية ترد على أحد أشخاص التصرف :

١٧٥- ويطلق على هذا النوع من الصورية اصطلاح

(١) انظر من تطبيقات القضاء للصورية المطلقة : نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة س ٢٤ ص ٩٦٧ نقض ١٩٧٦/٣/٢٢ المجموعة س ١٧ ص ٧٢٨ .
(٢) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض من الصورية ، نقض ١٩٥٤/٣/١١ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٥١٧ (حيث كان البيع يخفى رهناً) .

« التسخير »^(١) (٢). حين يتفق العاقدان على إخفاء شخصية أحدهما وراء شخص آخر إذا كان القانون - مثلاً - يمنع ذى الشخصية المخفية من إبرام تصرفات معينة بسبب صفته . فالمادة ٤٧١ منى على سبيل المثال - تمنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها ، والتي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فى دائرتها . عندئذ ، قد يعتمد المتعاقدان - تحالفاً على هذا النص - (لنى إخفاء شخصية المشتري (عامل للقضاء) تحت ستار شخص آخر يتم تسخير لهذا الغرض .

على أن التسخير ، الذى يفترض أن تكون حقيقة الشخصية المستورة معلومة للمتعاقد الآخر ، يختلف فى الواقع عما يسمى « بالاسم المستعار »^(٣) حين تختفى شخصية المتعاقد الحقيقي خلف شخصية آخر يتعاقد مع الطرف الثانى فى العقد ، الذى لا يعلم بحقيقة

١. L'interposition de personnes

(٢) راجع فى هذا الموضوع : د . محمد شكرى سرور : الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الأشخاص فى المعاملات القانونية) ، بحث على الآلة الكاتبة ،

BOURJUIFNON (P) : Notion juridique de l'interposition de personne Thèse Paris 1960; DAGOT (M) : Interposition de personne (Encyclopédie - Dalloz) , T . 4 2éé; JAUBERT (M) : De divers cas d'interposition de personne, R. crit . 1905 p . 156-175 .

وانظر - من تطبيقات القضاء لهذا الغرض من الصورية - نقض ١٩٧٠/٤/٢٤ المجموعة من ٣١ ص ١٢٠٢ . وانظر فى وضع هذا الفرض ضمن تعداد فروض الصورية النسبية : نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ سابق الإشارة إليه .

(٣) prêt-nom ، انظر فى تفاصيل التفرقة بينهما : بحثاً ، سابق الإشارة ، الصفحات

من ٢٥-٣١ .

شخص الطرف الأول^(١).

٥- صورية ترد على سبب العقد :

١٧٦- ويتواجه المادة ١٣٧ مدنى فرض صورية سبب العقد ، فتتص
فى الفقرة الثانية منها ^(٢) على أن السبب المذكور فى العقد « يعتبر .. هو
السبب الحقيقى حتى يقوم للدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على
صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما
يدعيه ».

مفترضات الصورية^(٣):

١٧٧- ويبدو مما تقدم أن هناك أموراً أربعة يجب توافرها حتى
نتحقق الصورية : فوجب - أولاً - أن يكون هناك عقدان ، عقد حقيقى
اتجهت إليه إرادة الطرفين وعقد صورى ^(٤) . ويجب - ثانياً - أن يختلف
العقدان من حيث الطبيعة أو الأركان أو الشروط . ويجب - ثالثاً - أن

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن الاسم للمستعار يكون ملتزماً
شخصياً وبشكل مباشر ، فى مواجهة من تعلقت معه بهذه الصفة ، حتى ولو كان هذا
المتعاقد الآخر يعلم بهذه الصفة ، نقض (تجارى) ١٩٨٢/٤/٢٦ (د . ١٩٨٢ - ر .
٣٥٢) .

(٢) أما الفقرة الأول فتتص على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد
يفترض أن له سبباً مشروعاً ، مالم يعم الدليل على غير ذلك » .

(٣) انظر فى التفرقة بين الصورية وبين بعض الأنظمة التى قد تقترب منها ،
وبالأخص صيوب الرضا (الغلط والتدليس) والغش ، والاحتفظ الذهنى ، والتكييف
الخاطئ . بحثاً سابق الإشارة ، الصفحات من ١٣-٢٥ .

(٤) وفى فرض الصورية المطلقة (التى تتناول وجود العقد ذاته) ، تكون ورقة
النقد هى العقد الحقيقى . انظر : نقض ١٩٦٨/٥/٣٠ للمجموعة من ١٩ ص ١٠٤٥ .

بتعاصر العقدان بمعنى أن ينما في وقت واحد ، وإلا كان اللاحق منهما بمثابة تعديل للسابق ^(١) . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هي بالمعاصرة الذهنية ^(٢) التي يتحقق إذا اتفق على الصورية وقت إبرام العقد الأول حتى ولو حررت ورقة الضد في تاريخ لاحق . كما يجب - رابعاً - وأخيراً - إخفاء التصرف الحقيقي وإبراز التصرف المصطنع .

شروط دعوى الصورية التي يرفعها الدائن للحفاظ على الضمان العام :

١٧٨- إذا أراد الدائن ^(٣) أن يرفع دعوى الصورية كوسيلة للمحافظة على ضمانه العام ، فإنه ، وهو لا يقصد أكثر من إثبات حقيقة تصرف المدين ، لا يشترط في حق هذا الدائن سوى أن يكون خالياً من النزاع ^(٤) ، حتى ولو كان غير مستحق الأداء . كما لا يشترط في هذا الحق أن يكون سابقاً على التصرف المطعون فيه ^(٥) . ولا أن يكون المدين قد قصد بالتصرف الصوري الإضرار بالدائن ^(٦) حتى ولو كان هذا التصرف

(١) في هذا المعنى : ستارك بند ١٦٩١ .

(٢) في هذا المعنى : د . السنهوري بند ٦١٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٠٤ ، وقرب : ستارك بند ١٦٩١ ، ومن أحكام القضاء المصري نقض ١٩٤٩/١٢/١ المجموعة السنة ١ رقم ١٣ ص ٤٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١٥ المجموعة ١-٣٠-١٠٢ .
(٣) وتجدر الإشارة إلى أن لكل ذي مصلحة في الكشف عن صورية تصرف ، أن يرفع دعوى الصورية . ولا يحدد للقانون المصري ، ولا القانون الفرنسي مدة يتعين رفع هذه الدعوى خلالها . انظر في هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٤ .

(٤) في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٨٣ ص ٩٣٢ .

(٥) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥٠٤ .

(٦) في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٩٦٧/٢/٧ (د . ١٩٦٧-٢٧٨) .

معاوضة . ولا أن يكون هذا التصرف قد سبب إفسار المدين . وإن كان الغالب في هذا الفرض الأخير ، أن الدائن أن يتحسس إلى رفع الدعوى حين أن تكون له في الأعم الأغلب مصلحة في رفعها ^(١).

(١) ويجوز للدائن إذا طعن على تصرف مدينه بالصورية وأخفق في دعواه ، أن يرفع بعد ذلك دعوى عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته (للدعوى البولصية) . كما يمكنه أن يجمع بين الطعن بالصورية وعدم النفاذ في دعوى واحدة . إنما لا يجوز له ، على العكس ، بعد أن يرفع دعوى عدم النفاذ ابتداء ويخفق فيها ، أن يعود فيرفع دعوى الصورية . راجع في هذه المعاني ، وفي تعليل عدم الجواز الأخير : نقض ١٩٧٧/٥/٤ . المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٩٤ ص ١١٢٥ ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ٢٥-١٢٧-٧٧٣ .

ونظر - في حكم مطول - قارن بين دعوى الصورية والدعوى البولصية واختلافهما : من حيث توجيه الطعن ، ومن حيث الغرض من كل منهما ، ومدى جواز الخيرة أو للجمع بينهما : نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ مابق الإشارة إليه ، وفيه قالت المحكمة : « إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدني (القديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البولصية وإما بدعوى الصورية ، والدعويان وإن كانتا تتفقان من ناحية أن أسس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير ، إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففي الدعوى البولصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما في دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد للظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها عنه آخر أو نفذ عليها بالصورية دائن له كان ذلك صحيحاً ، وإن فلن يظن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويتين للدعوى التي يتحقق بها غرضه . فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلانها ، وكانت مع ذلك قد عرضت في أثناء البحث إلى الدعوى البولصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزييداً لا يستوجب نقض الحكم . ثم إن مدعى الصورية له أن يضم إلى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذي حصل فيها . وفي هذه الحالة يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وإبطال التصرف لثبوت صورته سليماً » .

إنما « الطعن بالصورية (المطلقة) الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه ، يلزم أن يكون صريحاً فى هذا المعنى ولا يفيد مجرد الظعن بالتواطؤ أو الاحتيال ، لاختلاف الأمرين منطوقاً وحكماً . لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلاً فى نية عقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له » (١).

= وانظر أيضاً : نقض ١٩٧١/٧/٢٥ المجموعة من ٢٢ ص ٢٢٨ وفيه قضت بأن : « دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفتان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه ، فإذا أخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه ، بغية إعادة المال إلى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك فى الدعوى الواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخيرة يحاول إثبات الصورية أولاً فإن لم ينجح انتقل إلى للدعوى الأخرى » .

وانظر أيضاً ، نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة من ٢٥ ص ٧٧٣ ، وفيه قالت : « إنه وإن كان الطعن بالدعوى البولصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معاً إذا كان الدائن يهتف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه » .

(١) نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة من ٢٨ ص ١١٣٥ .

وكان الواقع ، فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم ، هو أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه (لثانى) أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سنداً فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك - المطعون عليه الأول - وسأقت على ذلك ... عدة قرائن تتم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه (لثانى) بدليل تحرير العقد فى مقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك . ورأت محكمة النقض أن « هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٨/٤/٣ المجموعة من ٩ ص ٣٣٠ .

كما أنه لا يقبل للتمسك بالدفع بالصورية ، لأول مرة ، أمام محكمة للنقض^(١).

وبدهى أن الطعن بالصورية لا يقبل أيضاً إلا « ممن له مصلحة فيه ، وفي حدود هذه المصلحة »^(٢).

١٧٩- ويقف وراء تخلف دعوى الصورية من كثير من شروط الدعوى البولية كما هو واضح ، أن الأخيرة أشد خطراً من الأولى ، إذ يهاجم بها الدائن تصرفاً حقيقياً أضرب حقوقه ، توصلاً إلى عدم نفاذه في مواجهته . فتمثل بهذا الشكل قيداً على حرية المدين في التصرف . حين لا يترتب على الثانية تقويت إرادة المتعاقدين ، وإنما على العكس يقتصر الدائن برفعها على إثبات حقيقة هذه الإرادة بإثبات صورية التصرف الظاهر .

أحكام الصورية :

١٨٠- تختلف أحكام للصورية في العلاقة بين المتعاقدين عنها بالنسبة للغير :

(١) نقض ١٩٨٠/٢/١٢ لمجموعة من ٣١ من ٤٧٦ ، نقض ١٩٥٦/٦/٧ المجموعة من ٧ ص ٧٠١ ونظر نقض ١٩٤٤/٢/٢ مشار إليه في معوض عبدالقواب ص ٥١٤ وفيه قضت المحكمة بأن البحث في كون العقد حقيقياً أم صورياً هو من سلطة محكمة الموضوع بشرط إقامة قضائها على أسباب سائغة مستمدة من الأوراق .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٢/٢/٨ للمجموعة من ١٣ ص ٢١٥ . وفيه رتبته المحكمة على هذا المبدأ أنه : « إذا كان المشتري الثاني قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع إلى المشتري الأول (عن أطيان من بينها الأطيان للمباعة للمشتري الثاني) قاضداً إهدار هذا العقد في خصوص القدر الذي اشتره ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشتري الأول فيما زاد على القدر الذي اشتره المشتري الثاني استناداً إلى صورية العقد ، يكون قد خالف القانون في هذا الخصوص » .

١- في العلاقة بين المتعاقدين ومن في حكمهم :

١٨١- قلنا أن للصورية تتم بالاتفاق بين طرفي تصرف على حجب حقيقة ما اتجهت إليه إرادتهما وراء مظهر كاذب . ومن ثم فإن المنطقي أن يكون التصرف الحقيقي (المستور) هو الذي يعتد به في مواجهة المتعاقدين بحسبانه التصرف الذي يعكس إرادتهما الحقيقية . ويأخذ حكم المتعاقدين في هذا الشأن خلفهما العام (كالورثة) وفي هذا الصدد تقتضى المادة ٢٤٥ بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي ».

١٨٢- ومتى كان ذلك فإنه يجب للبحث عن مدى توافر أركان وشروط التصرف القانوني ، وكذا عن مدى صحة الإرادة وسلامتها من العيوب ^(١) في التصرف الحقيقي ^(٢) وليس الصوري . فإذا كان العاقدان - على سبيل المثال - قد أخفيا للهبة في صورة عقد بيع ، تعين أن تكون الهبة مستوفية كل شرائطها : فيلزم أن يكون البائع الصوري (الواهب في الحقيقة) أهلاً لمباشرة الأعمال للناقة نفعاً محضاً . كما يمكن للبائع الصوري (الواهب) أن يرجع في هذا التصرف وفق أحكام الرجوع في الهبة.

(١)،(٢) انظر من تطبيقات للقضاء : نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ المجموعة ص ٢٧

ص ١٨٠١ ، وفيه قضت بأنه : « متى كان يبين من الإطلاع على الأوراق أن الطاعن دفع أولاً أمام محكمة أول درجة بأن البيع الصادر منه إلى الملمعون عليها يخفى وصية ، وإذا يحمل هذا الدفع معنى الإقرار بصدوره عن إرادة صحيحة وبصحة العقد كوصية ، فإنه لا يقبل من الطاعن بعد ذلك الدفع في مذكرة لاحقة بإبطال العقد بأكمله تأسيساً على أنه أبرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الإرادة ، ومن ثم فلا محل لتعيب الحكم إن هو لم يرد على هذا الدفع » .

ولا يبقى من أهمية لمركز الهبة في صورة عقد البيع إلا من حيث إعفاءها من شرط الشكل.

١٨٣- لكن لما كانت الصورية ترد على خلاف الأصل ، تعين على من يدعى من المتعاقدين (أو من ورثته)^(١) صورية التصرف الظاهر ، أن يثبت حقيقة ما يدعيه بإثبات التصرف الحقيقي^(٢)(٣) . فإذا كانت قيمة هذا

(١) انظر نقض ١٦/٣/١٩٧٢ المجموعة س ٢٣ ص ٤٢٤ . مع تحفظ خاص بحالة ما إذا كان الوارث يطعن على عقد بيع صادر من المورث ، بالصورية ، بأنه يخفى وصية سنعرض له في موضع لاحق . انظر لاحقاً بند ١٨٤ ص ٢٠٩ وما بعدها .
(٢) « فإن عجز ، وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئذ حجة عليه » . نقض ١٥/١/١٩٧١ للمجموعة س ٢٢ ص ٣ (وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بطعن على عقد بيع ، من أحد طرفيه ، بأنه يخفى وصية) .

إنما تعين على قضاء الموضوع أن يحقق دفاع مدعى الصورية ، وإذا انتهى إلى رفضه تعين تسبيب الحكم وإلا يكون قد شابه للقصور . لنظر من تطبيقات ذلك : نقض ٣/١١/١٩٣٨ مشار إليه في معوض عبدلتوف ص ٥١٣ ، ٥١٤ وفيه قضت بأنه : « إذا قضت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية المدعاة أو نفيها ، ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم وقضت بإلغاء للصورية ، وتركت الوقائع معماة فلم تذكر شيئاً يكشف عن نوع للصورية المدعاة أهي مطلق تنصب على كيان العقد ، أم ليست كذلك ، وهل المدعى يرمى بطعنه بها في العقد إلى أنه أريد به الإضرار بسائر الورثة لمنفعة واحد منهم ، أو أن للمورث قصد تهريب ماله من دائنيته ، وكذلك لم تذكر الوقائع التي طلب مدعى الصورية تحقيقها ، فإن هذا الحكم يترتب نقضه لما قد شابه من القصور » .

(٣) على أن يلاحظ أنه ، بالنظر إلى أن المقرر هو أن « الحكم الصادر بين نفس الخصوم لا يكون حجة عليهم في دعوى أخرى إلا إذا تحددت الدعويان ، في الموضوع والسبب » وأن العقود المبرمة بين نفس الطرفين إنما تكون « تصرفات قانونية مستقلة تماماً عن بعضها » حتى ولو كانت من نوع واحد (كأن تكون كلها بيوع مثلاً) فإن :-

الأخير تتجاوز ألف جنيه وجب إثباته بالكتابة . وكذلك الحال لو كان التصرف الصوري ثابتاً بالكتابة ، إذ يتعين في هذه الحالة إثبات التصرف الحقيقي بالكتابة أيضاً ^(١) ولو كانت قيمته أقل من ألف جنيهه ، لأن مدعى الصورية في هذه الحالة يريد إثبات عكس ما ثبت بالكتابة ^(٢) ، وهو ما لا يجوز إلا بالكتابة أيضاً ^(٣) . اللهم - في الحالتين - إلا إذا كان مدعى الصورية في إحدى الحالات الاستثنائية التي تجيز له الإثبات بجميع الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن ، كما لو كان بيده - مثلاً - مبدأ ثبوت بالكتابة ^(٤) ، أو كان لديه مانع من الحصول على دليل كتابي ^(٥) ، أو كان الغرض من الصورية هو الغش أو التحايل على القانون (وهو ما يعرف

« مجرد التملك بصورية جميع هذه العقود وصدر حكم نهائي برفض هذا الدفاع بالنسبة لواحد منها ، لا يقيّد المحكمة عند الفصل في صورية باقي العقود » . انظر من تطبيقات ذلك : نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة من ٣١ ص ٩٨٤ .

(١) انظر نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة من ٣١ ص ٦٧٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٤٢/٦/١٨ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥١٤ (وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بطعن في عقد الإيجار بالصورية وكان الإيجار ثابتاً بالكتابة) .

(٣) انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة للسنة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٦٧٧ ، نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ المجموعة ٢٥-٩٢-٥٧٥ ، نقض ١٩٧٢/٣/١٦ المجموعة ٢٣-٦٧-٤٢٤ ، ونقض ١٩٧٦/١٢/٢١ المجموعة من ٢٧ ص ١٨٠١ ، وفي نفس المعنى انظر جوجار (دروس مازو) بند ٨٢٨ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء لهذا الغرض نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ المجموعة السنة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٧٩٩ ، ونقض ١٩٣٥/٣/٢٨ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥١٢ ، ونقض فرنسي ١٩٧٠/٧/١٦ (جـ ك ب ١٩٧٠-٤-٢٤) ، نقض فرنسي ١٩٦٥/١٢/١ أشار إليه ستارك ص ٥١٣ هـ ٣٤ .

(٥) ويغلب - في الصورية - أن يكون ذلك المانع أدبياً : انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥٣/١٢/١٤ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥١٧ .

بالصوربة للتدليس (١)(٢). فإذا نجح مدعى الصوربة في الكشف عنها ،

(١) انظر من تطبيقات للقضاء نقض ١٩٧٤/١/٣١ للمجموعة السنة ٢٥ رقم ٤٥ ص ٢٥٩ ، نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ للمجموعة ٢٥-٩٢-٥٧٥ ، نقض ١٩٧١/٦/٢٢ للمجموعة ٢٢-١٢٩-٧٩٢ (وكان الأمر في هذه الدعوى متعلقاً بتقديم تاريخ عقد لإخفاء صدوره أثناء عته البائع) . وفي فرنسا : نقض ١٩٦٨/١١/١٣ (د . ١٩٦٩-٩٧) ، نقض ١٩٦٤/١١/١٠ (ج .ب ١٩٦٥-١-٦٨ في خصوص خلف عام) .

نقض ١٩٣٥/٤/١٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٥١٣ وفيه قضت المحكمة بأن « صوربة البيع التدليسية تثبت بالقرائن في حق كل من منه هذا التدليس ولو كان طرفاً في العقد . فإذا توفرت القرائن المثبتة للتدليس والاحتياط على استصدار هذا العقد صورياً واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك معن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصوربة التي يقول بها ، كان حكمها خاطئاً وجزاء لمحكمة النقض عند نقضها الحكم أن تستخلص ثبوت هذه الصوربة للتدليسية من الأوراق والتحقيقات التي كانت معروضة على محكمة الموضوع » . وانظر أيضاً نقض ١٩٣٧/١١/١٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٥١٣ ، ونقض ١٩٣٨/١١/٣ مشار إليه في نفس المرجع ص ٥١٤ .

كذلك ، جاء في حكم محكمة للنقض المصرية ، أن عدم خضوع الأماكن ، المؤجرة مفروشة ، للتحديد القانوني للأجرة ، مشروط بالأ يكون قصد المتعاقدين هو التحايل على القانون . واعتزلت المحكمة ، في هذا الحكم ، لمحكمة الموضوع ، بسلطتها في تقدير جدية أو صوربة الفرض ، منتهية إلى جواز إثبات الصوربة ، في هذه الحالة ، بكافة الطرق : نقض ١٩٧٨/٢/٨ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٨١ ص ٤٠٨ .

وراجع في حصر هذا الجواز ، في الفرض الذي يكون التحايل فيه قد تم لمصلحة أحد طرفي التصرف الصوري ، تأسيساً على أن مدعى الصوربة في هذه الحالة يقوم به مانع من الحصول على دليل كتابي على التصرف الحقيقي ، حيث أن من تم التحايل لمصلحته إن يرضى أن يقدم له هذا الدليل . وأنه - بالتالي - إذا ما كان التحايل قد تم لمصلحة المتعاقدين مآً وقصد به الإضرار بالغير ، فإنه لا يجوز لأي من طرفي التصرف ولا الخلف العام لهما أن يثبت ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة : د . إسماعيل شام بنند ٨٩ .

(٢) ويلاحظ أن بعض الأحكام في فرنسا ، تجعل ، من حيث المبدأ ، كل -

وكان الغرض الذى قصد إليه المتعاقدان بها ، هو إخفاء عدم مشروعية عقد ، بستره وراء عقد آخر صحيح ، ترتب على انكشاف الصورة بطلان للعقد الحقيقى (١) . أما إذا كان لا يقصد بالتحايل إخفاء عدم مشروعية تصرف ، اقتصر أثر للكشف عن الصورة على منع تحقيق الغرض الذى قصد إليه المتعاقدان بالتحايل (٢)(٣) .

حكم الصورة بالنسبة للوارث خصيصاً (وكيفية إثبات السوارث صورية عقد مورثه) :

١٨٤- هذا ولئن كان حكم الصورة بالنسبة لورثة المتعاقدين - بما فى ذلك القواعد واجبة الإلتباع فى إثباتها - هو نفسه حكمها فى العلاقة بين المتعاقدين ، من حيث الأصل ، على ما أشرنا إليه فى موضع سابق ، فيما يعنى خضوع الورثة بدورهم لما يخضع له مورثهم من مبدأ عدم جواز إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة (٤) ، إلا أنه :

فى الحالة التى يعتبر فيها للوارث من الغير بالنسبة للتصرف الصادر

- صورية تفرغ فى محرر رسمى ، تشكل غشاً نحو القانون يجوز إثباته بكل الطرق .
انظر مثلاً : محكمة السين الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج ب ١٩٦٥-٢-٣٩٠) ، راجع فى نقد هذا الاتجاه جوجلار (دروس مازو) ص ٨٣٣ هـ ١ .

(١) ومثال ذلك ، أن يكون المشتري الحقيقى هو أحد عمال القضاء ، ويسخر المتعاقدان (البائع والمشتري الحقيقى) شخصاً آخر للشراء بدلاً منه .

(٢) ومثال ذلك أن يذكر فى عقد بيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى لتخفيض رسوم التسجيل ، إذ فى هذه الحالة لا يبطل البيع ، وإنما يكون لمكتب الشهر العقارى المختص ، إذا انكشفت الصورة ، أن يقتضى الرسوم كاملة ، على أساس الثمن الحقيقى .

(٣) راجع فى تفاصيل أثر للصورية على العقد الحقيقى ، ستارك البنود من

١٧١٨-١٧١٢ .

(٤) انظر نقض ١٩٧٢/٣/١٦ سابق الإشارة إليه .

من مورثه لكونه بمس حقه في الإرث (ذلك الذي ينلقاه الوارث ، في واقع الأمر ، لا من المورث وإنما من القانون مباشرة) ، يكون للوارث أن يطعن على عقد مورثه ويثبت صورية ذلك العقد بجميع طرق الإثبات.

وفي ذلك نقول محكمة النقض : « مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضرب بهم ، أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة.. وذلك عملاً بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات . ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد (عقد بيع) بأنه يخفى وصية بجميع طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضراراً بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون »^(١).

بل إن الوارث (بعد موت المورث) أن يطعن بالصورية على العقد الذي سبق أن أبرمه المورث ، ولو كان قد وقع عليه كشاهد ، لأن هذه الواقعة حتى وإن كان فيها معنى الإجازة ، إلا أن « إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث . ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة » . وقد خلصت - من ذلك - محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أنه : « لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، فإن النعى عليه ، بالخطأ في تطبيق القانون إذ قضى بصورية عقدي البيع الصادرين للطاعن رغم أن المطعون عليها . وقعت عليهما ويعتبر ما ورد فيهما من شروط حجة عليها بحيث يتمتع عليهما الطعن فيهما بالصورية -

(١) نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ المجموعة من ٢٧ من ١٨٠١ .

يكون على غير أساس» (١).

أكثر من ذلك ، فإنه إذا ما نجح الوارث في إثبات صورية عقد مورثه، وليكن عقد بيع مثلاً صادر لوارث آخر ، فإن الحكم الصادر ضد المورث بصحة ذلك العقد ونفاذه ، لا يكون حجة على الوارث (مدعى الصورية) « لأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه إلى وارث آخر إضراراً بحقه في الميراث » (٢).

إنما نعيد التأكيد على أن هذه الأحكام الاستثنائية لا تنطبق ومن ثم لا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف للصادر من المورث إلا إذا كان هذا التصرف يمسّ حق الوارث في الإرث : كما لو كان مبني طعنه في تصرف مورثه أن هذا التصرف وإن كان في ظاهره بيعاً متجزاً إلا أنه فسي حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذلك في حكم الوصية (٣) لما إذا كان مبني الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث ، فإن حق الوارث في للطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات » (٤).

(١) نقض ١١/١١/١٩٧٥ المجموعة ص ٢٦ ص ١٣٩٤ .

(٢) نقض ١١/٢٨/١٩٧٨ مشار إليه في معوض عبداللّوالب ص ٥٢١ .

(٣) « لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام » . نقض ١٩٧٦/٦/٢٢ المجموعة ص ٢٧ ص ١٣٩١ .

(٤) نقض ١٩٧٦/٦/٢٢ السابق . وفيه انتهت المحكمة إلى القول « ولما كانت الطاعة قد طعنن بالصورية المطلقة على عقد البيع الرسمي المسجل - للصادر من المورث إلى المظعون عليها - ودلت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين =

٢- بالنسبة للغير :

(أ) المقصود بالغير في الصورية ، وحققهم في التمسك بالعقد الحقيقي :

١٨٥- والغير في الصورية هو « كل من يكسب حقه بسبب بغير التصرف الصوري »^(١) . وقد ذكرت المادة ٢٤٤ طائفتين ، على الأخص ، من الأغيار ، وهما : دائنوا المتعاقدين ، والخلف الخاص لكل منهما .

وبينهي أن يكون للأغيار حق التمسك بالعقد الحقيقي متى كانت مصلحتهم في ذلك ، ومن ثم أن يثبتوا صورية العقد للظاهر الذي يضر بهم^(٢) . وهم في إثباتهم لهذا الصورية لا يكونون ملزمين بتقديم دليل كتابي

= البائع والمشتري ، ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعة منذ صدوره ولم تشر للطاعة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها في الميراث ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات للصورية المطلقة إلا بالكتابة ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن للنعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير مفيد .

وانظر أيضاً : نقض ١٩٥٤/١٢/٢٤ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٥١٧ وفيه تقول محكمة النقض : « جرى قضاء هذه المحكمة على أن السوارث حكمة حكم المورث ، فلا يجوز له إثبات صورية السند الصلبر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة ، إلا إذا طعن في هذا السند بأنه ينطوي على الإيضاء أو أنه صدر في مرض موت مورثه » .

(١) انظر نقض مصري ١٩٧٨/١/١٧ للمجموعة ٢٩-٤٧-٢١٨ ، وانظر في تعريف آخر له بأنه « كل ذي مصلحة ولو لم يكن بينه وبين طرفي العقد المطعون فيه رابطة عقدية » ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ للمجموعة ٣١-١٧٧-٩٠٤ ، وانظر أيضاً : د . إسماعيل غانم بند ٩٠ .

(٢) وبينهي في هذا الشأن أن يكون تقدير كفاية أدلة للصورية ، من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع ، انظر في هذا المعنى نقض مصري : ١٩٧٤/١/٢٢ للمجموعة ٢٥-٣٧-٢١٦ ، ١٩٧٤/١/٣١ للمجموعة ٢٥-٤٥-٢٥٩ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ للمجموعة ٢١-١١٦-٧١٤ .

عليها ، حتى ولو كانت قيمة العقد الحقيقي تتجاوز ألف جنيه أو كان العقد
الصوري ثابتاً بالكتابة . وعلى ذلك صريحة نص المادة ٢٤٤ سابقة
الإشارة ، التي تقضى بأن لهم أن يثبتوا الصورية « بجميع الوسائل » ^(١) .
ويبرر هذا الحكم أيضاً ، أن الغير - وهم بالفرض ليسوا طرفاً فى العقد
الصورى ، لا يكون بإمكانهم أن يهينوا لأنفسهم دليلاً كتابياً على
صورته ^(٢) . كما أن العقد الحقيقي - وهم ليسوا طرفاً فيه أيضاً - إنما ينزل
منهم منزلة الواقعة المادية ^(٣) ، وهذه يجوز إثباتها بجميع للطرق .

فالدائن البائع للصورى ، على سبيل المثال ، أن يثبت بجميع الوسائل
أن البيع الظاهر لا وجود له فى حقيقة الأمر ، حتى يستطيع التنفيذ على
المبيع بحسابه لا يزال فى ملك مدينه .

إنما يجرى قضاء محكمة النقض على أن « الحكم الذى يقضى - بناءً
على طلب الدائن - بصورية العقد الصادر من مدينه للغير ، لا يكون حجة
على صورية هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته ، التى تقوم فيما بعد
بين طرفيه ، لاختلاف الخصوم فى الدعوى » ^(٤) .

والخلف الخاص أن يثبت صورية العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالمال
الذى سبق أن نقله السلف إليه . وتطبيقاً لذلك ، قضى بأنه « يجوز لمن كسب
من البائع حقاً على للمبيع - كمشتري ثان - أن يثبت بكافة طرق الإثبات ،

(١) انظر فى هذا المعنى أيضاً : نقض مصرى ١٩٨٠/٣/٢٦ المجموعة
١٩٧٧-١٧٧-٩٠٤ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨-٦٧-٣٢٨ ، ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة
٩٦٧-١٦٨-٢٤ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٧٢٢ .

(٣) فى هذا المعنى : كاريونيه بند ٣٩ ص ١٢٩ ، ١٣٠ .

(٤) نقض ١٩٧٢/٣/١٦ للمجموعة من ٢٣ ص ٤٢٤ .

صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقداً جدياً ، كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة للتصرف الصوري الصادر من البائع له إلى مشتر آخر^(١) . كما قضى بأن « للمشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتري آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد للمشتري الآخر على القرائن وحدها فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات^(٢) . وبأن « القانون لا يمنع المشتري الذى لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد للمشتري الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكي يحكم له هو بصحة عقده ولكي يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة له . ذلك لأنه بصفته دائناً للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له ، من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية ، يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التى تصانفه في سبيل تحقيق أثر عقده^(٣) . وللشفيع أن يثبت بجميع الوسائل ، صورية البيع الثانى (التالى للبيع الذى يريد أن يشفع فيه) حتى تكون له الشفعة فى هذا البيع الأول وبشرطه^(٤) .

ولعله يكون من المناسب أن نشير في هذا الموضع إلى إمكان إثبات

(١) نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ المجموعة من ٧٤ من ٩٦٧ .

(٢) نقض ١٩٥٠/١٠/٢٦ مشار إليه في معوض عبدالتواب من ٥١٥ .

(٣) نقض ١٩٣٨/٦/٢٢ مشار إليه في معوض عبدالتواب من ٥١٩ .

(٤) نقض ١٩٨١/٢/٢٤ مشار إليه في معوض عبدالتواب من ٥١١ .

الصورية من قبل للغير بكافة طرق الإثبات ، ولو كان العقد الصوري رسمياً؛ إذ الطعن بالصورية لا يتناول في الحقيقة سلامة المحرر من الناحية المادية ، وإنما مدى مطابقة ما ورد فيه للحقيقة ^(١) .

كما يكون من المناسب أيضاً الإشارة إلى جواز الطعن بالصورية ولو كان العقد (الصوري) مسجلاً ^(٢) ، فالتسجيل ، كما تقول محكمة النقض ، « ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري جدياً » ^(٣) . أو كما تقول ، في حكم آخر ، أن « الصورية المبينة على الغش والتدليس لا يصحها التسجيل » ^(٤) .

كذلك يظهر من حكم لمحكمة النقض ، أن للغير (كالخلف الخاص) أن يطعن بالصورية على عقد المالك حتى ولو كان أحد طرفي هذا العقد قد أقر بصحته ^(٥) .

(١) في هذا المعنى : مارتى وريزو بند ٢٨٠ ، ستارك بند ١٧٢٢ ، وانظر أيضاً : نقض فرنسي ١٩٣٥/١/٧ (س ١٩٣٥-١-١٢٨) : محكمة السين الابتدائية (الاستئناف) ١٩٦٥/٥/٢٦ (ج ب ١٩٦٥-٢-٣٩٠) .

(٢) يستوى في ذلك أن يكون للطايع بالصورية هو أحد الأغيار أو أحد طرفي العقد الصوري المسجل .

(٣) نقض ١٩٧٣/١/٢٦ سابق الإشارة إليه ، وانظر أيضاً الحكم المشار إليه في الهامش اللاحق .

(٤) نقض ١٩٤٢/٦/٣ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥٢٠ .

(٥) انظر نقض ١٩٤٤/٤/٦ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥١٤ ، وفيه قضت المحكمة بأنه : إذا كان البائع للبايع قد قرر أنه بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن ، وحصل منه على إقرار بإلغاء البيع ، فإن هذا التماسخ وإن كان يمكن أن يعتبر عائقاً دون تنفيذ العقد الصادر منه ، إلا أنه إذا كان المشتري الأخير قد تملك لدى المحكمة بصورية هذا التماسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للإضرار به ، فإنه يكون -

(ب) حق الغير ، حسن النية ، فى التمسك بالعقد الظاهر :

١٨٦- وقد يجد الغير مصلحته ، على العكس ، فى التمسك بالعقد الظاهر . ففى البيع الصورى مثلاً ، تكون مصلحة دائن المشتري فى التمسك بالعقد الظاهر ، ليتمكن من التنفيذ بحقه على العين التى اشتراها مدينه . فهل يجوز له ذلك ؟

فى الحقيقة ، رغم أن العقد الصورى لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتاعدين ، إلا أنه ، على الأقل ، قد أنشأ مظهراً كائناً ، يمكن أن يتصل بعلم الغير ، الذين يرتبون تعاملهم على أساسه ، وهم فى جهل بحقيقة الأمور . وعندئذ تقتضى فكرة استقرار التعامل ضرورة حمايتهم وإعطائهم من ثم حق التمسك بالعقد الظاهر ، طالما كانوا - وقت تعاملهم ^(١) - حسنى النية لا يعلمون بأن هذا العقد صورى ^(٢) . وهذا هو ما تقتضى به المادة

= واجباً على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها قاصر الأسباب ، ولا يُدرأ على لانفع بصورية تعاقداً ما ، قول المحكمة أن أحد طرفيه قد أقر بصحته .

(١) فالعبرة إذن فى تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام « وهو الوقت الذى اندفع فيه للمتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه ، ولبنى عليه تعامله » . ومن ثم فإذا كان التعامل الذى تم بين الغير وأحد طرفى العقد الصورى ، متعلقاً بنقل ملكية عار ، يكون العبرة فى تقدير حسن نية هذا الغير هى بوقت إبرام عقد البيع ونشوء الالتزام بنقل الملكية ، وليس بوقت انتقال هذه الأخيرة بالتسجيل . فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٥/١/٢٦ للمجموعة السنة ٢٦ رقم ٥٧ ص ٢٥٣ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩-٢٤٠-١٢٢٣ ، ١٩٧٧/١/٣١ المجموعة ٢٨-٦٧-٣٢٨ ، ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢-٨٧-٥٥٣ ، وانظر أيضاً نقض فرنسى (عرائض) ١٩٣٧/١٢/٨ (ج ب ١٩٣٨-١-١٧٩) .

١/٢٤٤ التى نصبت على أنه « إذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ... ».

١٨٧- وبديهي أن يكون الأصل فى هذا الشأن هو جهل الغير بالعقد المستتر ، بما يعنى أن من يدعى - على خلاف هذا الأصل - علم هذا الغير به ، هو الذى يقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء ^(١) .

١٨٨- ويتبادر إلى الذهن ، فى هذا الموضع ، التساؤل عما إذا كان يلزم لحرمان الغير من التمسك بالعقد للظاهر ، إثبات علمه الفعلى بالعقد المستتر ، أم أنه يكفى فى هذا الشأن ثبوت إمكانية علمه به ؟.

مثل هذا التساؤل يثور ، على الأخص ، فى للفرض الذى تكون فيه ورقة الضد (العقد للحقيقى) قد أشهرت . وفى الإجابة عليه ، يرى بعض الشراح فى مصر ، أنه إذا ما أشهر العقد المستتر ، فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك ، « إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً » ^(٢) . ويؤيد هذا الحل أيضاً جانب من الفقه الفرنسى ^(٣) . مستندين إلى حجة عملية ، وهى أنه ، بعلم ترتبب هذا الأثر على الشهر ، لن يعد بإمكان طرفى الصورية أن يضعوا لهذه الأخيرة من نهاية . كذلك سارت محكمة النقض المصرية فى نفس الاتجاه ، وقضت بإمكان الاحتجاج على الغير بالعقد المستتر

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٥/١١ المجموعة ٢٩-٢٤٠-١٢٢٣ .

(٢) د . إسماعيل غانم بند ٣٨ .

(٣) راجع فى هذا الاتجاه ، الفقه المشار إليه فى داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤

إذا كان مشهوراً^(١) . فيما لكتفى الدكتور المستهورى فى هذا الشأن ، بأن يرى فى شهر العقد للحقوى ، قرينة على علم الغير به ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس^(٢) .

أما رأى الراجح فى الفقه الفرنسى ، وهو ما نميل إليه ، فقد أخذ بالحل العكسى . وأكد أنصاره ، أن سوء النية ، الذى يحرم الغير من التمسك بالعقد الظاهر ، هو الذى يثبت من علمه الفعلى بوجود ورقة الضد وقت نشأة حقه ، وليس فقط إمكان علمه بها . ويرون أنه لا يسوغ لطرفى الصورية - حتى ولو كانا قد قضا بهذه الأخيرة هدفاً مشروعاً - أن يتذمرا من هذا الحل؛ إذ كان يتعين عليهما - إذا أرادا إعمال ورقة الضد فى مواجهة الغير الذى يجهلها - أن يخطرا بها قبل اكتسابه للحق . هذا إلى أن نظام الشهر ، من أساسه ، إنما هو مقرر لصالح الغير ، فلا يصح أن ينقلب ويألا عليه^(٣) .

صحيح ، نحن نعلم ، أن الغير الذى يهمل الإطلاع على دفاتر الشهر العقار ، يكون مقصراً فى حقه نفسه . لكن طرفى الصورية ليسا - مع ذلك - أولى منه بالرعاية . وليس من السائغ أن نفرض وجوب الارتياح فى سلامة التصرفات للظاهرة ، وإلا لما كان هناك استقرار للمعاملات .

^(١) انظر نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ المجموعة ٢٣-٢٠٢-١٢٨٥ ، نقض ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة ٢٢-٨٧-٥٥٣ .

^(٢) د . السنهورى ص ١١٠٢ هامش ٢ ، وقرب :

GHESTIN (J) : (Encyclopédie - Dalloz) T . I . 1975 sous (Simulation) p . 6 No 60 .

حيث يرى أن المسألة تتوقف على الظروف ، وما إذا كان من الممكن القول باستمرار خفاء ورقة الضد رغم شهرها ، أم لا .

^(٣) انظر الفقه العديد الذى أشار إليه داجو ١٩٦٧ ص ١٥٤ هامش ٩٢ ، وانظر فى عرض أوفى لحجج هذا الاتجاه ، داجو السابق بند ١٥٩ للصفحات من ١٥٤-١٥٦ .

وأياً ما كان الأمر فى هذه الخلافة ، إلا أنه لا يصح - فى تقديرنا - تجاوز ما قيل بشأن أثر الشهر ، والخروج منه بمبدأ عام وهو كفاية ثبوت إمكان العلم بالعقد الحقيقى من جانب الغير حتى لا يعد من حقه التمسك بالعقد الظاهر . فالذى يحدض حسن نية الغير ، هو فى الحقيقة ، علمه الفعلى بالعقد المستتر . أما عدم العلم ، ولو كان ناشئاً عن إهمال ، فإنه لا ينفى عنه حسن نيته .

(ج) فرض تعارض مصالح الأغيار :

١٨٩- ومتى كان للغير ، على ما تقدم ، أن يتمسك بالعقد الحقيقى أو يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان فى مصلحته ، وكان حسن النية ، فإنه يمكن تصور وقوع تعارض بين مصالح الأغيار ، الذين تكون مصلحة بعضهم فى التمسك بالعقد الحقيقى ، حين تكون مصلحة الآخرين على العكس ، فى التمسك بالعقد الظاهر . ففي البيع الصورى ، على سبيل المثال ، تكون مصلحة دائنى المشتري فى التمسك بالعقد الظاهر حتى يتمكنوا من التنفيذ على المال الذى اشتره مدينهم (المشتري الصورى) ، حين تكون مصلحة دائنى البائع فى إثبات صورية هذا البيع ولتمسك بالحقيقة ، توصلأ ، مثلاً ، إلى إثبات عدم خروج المال من ذمة مدينهم (البائع الصورى) حتى يتمكنوا من التنفيذ عليه بحقوقهم .

وقد حسم المشرع هذه المشكلة لصالح الطائفة التى تتمسك بالعقد الصورى أخذاً بفكرة ضرورة استقرار المعاملات ورعاية للغير حسنى النية الذين اطمأنوا إلى العقد الظاهر ورتبوا تعاملهم على أساسه . وفى هذا الشأن تقضى المادة ٢/٢٤٤ بأنه « إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون

بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين » ^(١) .

البحث في كون العقد حقيقة أم صورياً ، هو من سلطة محكمة الموضوع ^(٢) .

١٩٠- وتطبيقاً لذلك ، قُضِيَ بأن « البحث في كون البيع الصادر من مورث لولديه حقيقة أم صورياً... » هو من المسائل الموضوعية التي قوامها الوقائع . فما تستظهره محكمة الموضوع من نية المتعاقدين بناءً على تصرفاتهم السابقة والتالية والمعاصرة لعقد البيع ، لا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه... » ^(٣) .

بل قُضِيَ بأن « لمحكمة الموضوع الحق دائماً في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصورتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك متى كان

(١) ورغم أن القانون الفرنسي لم يولج مثل هذه المشكلة ، إلا أن نفس الحل الذي يأخذ به المشرع المصري ، هو الذي يتبناه الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسيين : انظر مثلاً : مارتى ورينو بند ٢٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٤ ، ستارك بند ١٧٢٦ ، كاربونييه بند ٣٩ ص ١٣٠ ، نقض (اجتماعي) ١٩٤٤/١٢/١٤ (س ١٩٤٦-١٠٥-١) ، نقض ١٩٣٩/٤/٢٥ (ج.ب. ١٩٣٩-٢-٥٧) ، استئناف لييموج ١٩١٠/١٠/١٤ (د. ١٩١١-٢-٣٩٣ وتعليق مانيول) .

(٢) شرط أن تقيم قضاءها على أسباب سليمة .

(٣) نقض ١٩٤٤/٢/٣ ، وفيه استركت المحكمة قاتلة : « ما لم يكن ما استخلصه من ذلك مبنياً على ما لا ينتجه من الأوراق أو على أوراق غير موجودة أو وقائع لا أصل لها أو أقوال غير ثابتة » .

استخلاصها سليماً»^(١).

سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الصورية :

١٩٩١- و « لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض مادام الدليل الذى أخذ به مقبولاً قانوناً » . هذا ما تؤكدده محكمة النقض ويجرى عليه قضاؤها^(٢) . وتطبيقاً له جاء فى حكم لها أنه : « لما كان من حق قاضى الموضوع ، وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى ، أن يأخذ ببعضها وي طرح للبعض الآخر غير خاضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما استخلصه من أقوال الشهود من أن العقد جدى لا صورى ، وكان هذا الذى استخلصه هو استخلاص سائق لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، وكان اتخاذ الحكم لهذه الأقوال أساساً لقضائه فيه السرد الضمنى الكافى والمبرر لإطراحه ما عداها من أدلة الدعوى ، لما كان ذلك كان ما ينعاها للطاعن على المحكمة من عدم الرد على القرائن التى ساقها دليلاً على الصورية المدعاة ، لا مبرر له »^(٣).

(١) نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٥٢٤ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٤/١/٣١ المجموعة س ٢٥ ص ٢٥٩ ؛ وانظر أيضاً نقض ١٩٧٥/٦/١١ المجموعة س ٢٦ ص ١٢٠١ وفيه قضت بأن : « استخلاص الصورية من أدلتها ، مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى مادام الاستخلاص سائغاً ، وإذا كان من شأن القرائن التى استند إليها الحكم أن تؤدى إلى ما رتبته عليها وتكفى لحمل قضائه بالصورية فإن ما تنثيره الطاعنة فى هذا المقام لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الأدلة ، وهو ما تنحصر عنه رقابة محكمة النقض » .

(٣) نقض ١٩٥٠/١٢/١١ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٥١٦ .

وإذا أصدرت محكمة للموضوع حكماً تهديدياً بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت الخصم ما يدعيه من صورية بشهادة الشهود ، فإن ذلك يتضمن أن يكون للخصم الآخر الحق في نفى للصورية بنفس الطريق ولو لم يذكر الحكم التهديد ذلك صراحة ، لأن هذا الحق مقرر لكل خصم ، بصريح المادة ٦٩ من قانون الإثبات التي تقتضي بأن : « الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق ^(١) .

وإذا استخلص حكم الاستئناف ، من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة ، أن العقد محل التداعى عقدًا جدياً ، يكون ما يتعاه الطاعن (بالنقض) على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورية عقد المطعون عليه ، هو نعى في غير محله ^(٢) .

وإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية للعقد صورية مطلقة على فرائض متساندة استبطلتها المحكمة من الأوراق المقدمة في الدعوى ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها ^{(٣)(٤)} .

(١) انظر من تطبيقات النقض لهذا المبدأ : نقض ١٩٥٠/١٢/٢١ مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٥١٥ ، ٥١٦ .

(٢) نقض ١٩٥٣/١/٢٩ مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٥١٦ .

(٣) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ص ٢٥ ص ٧٧٣ .

(٤) وانظر - بوجه عام - في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الصورية : نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ المجموعة ص ١٧ ص ٦٩٥ ، نقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة ص ٣٨ ص ١١٢٥ ، نقض ١٩٨١/١/٢٦ مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٥٢٣ . نقض ١٩٤٨/٥/١٣ مشار إليهما في معروض عبدالنواب ص ٥٢٣ ، ٥٢٥ على الترتيب .

عدم سقوط الدفع بالصورية بالتقادم :

١٩٢- والدفع بالصورية - كما قررت محكمة النقض - « لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحاً مهما طال الزمن ^(١) .

خاتمة البحث :

أثر الاختلاف بين الدعويين ، البولصية والصورية ، فى الهدف ، على إمكان الخبرة والجمع ، بينهما ، والترتيب المنطقى فى إبداء الاختيار :

١٩٣- ولكون الهدف الذى يتوخاه الدائن حين يرفع دعوى صورية تصرف مدينه يختلف عن الهدف الذى يتوخاه حين يطعن بالدعوى البولصية على هذا التصرف ، من حيث يرمى بالأولى إلى « استبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه » ، فيما يرمى بالثانية إلى « إعادة المال إلى ملك المدين » ، فإنه يجوز - بالتالى - للدائن « فى الدعوى الواحدة ، أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معاً على سبيل الخبرة » بينهما ^(٢) .

من بالنظر إلى أن الطعن بالدعوى البولصية « يتضمن الإقرار بجدية التصرف » فيما أن « الطعن بالصورية يتضمن إنكار ذلك التصرف ، مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية » ^(٣) ، فإنه إذا ما أبدى الدائن الطعنين معاً

(١) نقض ١٩٧٣/٤/١٠ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٥٠٦ .

(٢) انظر نقض ١٩٧١/٧/٢٥ المجموعة ص ٢٢ ص ٢٢٨ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ المجموعة ص ٢٥ ص ٧٧٣ .

فى دعوى واحدة ، فإن الترتيب للمنطقى - تبعاً لذلك - هو أن « يحاول إثبات الصورية أولاً ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى الأخرى » ^(١).

المبحث الرابع

شهر الإعسار

تمهيد :

١٩٤- إن كل ما تقدم من وسائل المحافظة على الضمان العام لا يكفى فى الواقع لحماية الدائن العادى حماية كافية . فقد لا تتوافر شروط

(١) نقض ١٩٧١/٧/٢٥ سابق الإشارة إليه ، ونقض ١٩٧٧/٥/٤ المجموعة من ٢٨ ص ١١٢٥ ، وفيه قالت أن : « العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً ، حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك ، بحيث يجوز للدائن فى الدعوى للواحدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معاً على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولاً ثم ينتقل - إن هو أخفق فيها - إلى عدم النفاذ » .

(٢) وبشكل أوفى ، انظر نقض ١٩٤٠/١٢/١٢ (الصادر فى ظل القانون المبنى لتقديم حيث كانت المادة ١٤٣ تجعل أثر الطعن بالدعوى البولصية ، كأثره بدعوى الصورية ، هو إبطال تصرف المدين) ، وفيه تقول ، « إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المبنى (القديم) يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البرلصية وإما بدعوى للصورية ، والدعويين وإن كانتا تتفقان من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير ، إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض . ففى الدعوى البولصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما فى دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين ، وإن فلن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين للدعوى التى يتحقق بها غرضه » مشار إليه فى معوض عبدلتواب ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ .

هذه الوسائل ، وقد لا يفلح الدائن في إثبات توافرها ، كما أن بعض هذه الوسائل لا يغل يد المدين عن إدارة أمواله بما يؤدي إلى الإضرار بالدائن . هذا إلى أنها جميعاً لا تحول دون اتخاذ الدائنين إجراءات تنفيذ فردية على أموال المدين المعسر ، الأمر الذي يجعل من يسبق منهم إلى هذا التنفيذ يحصل على كامل حقوقه إضراراً بالمتأخرين .

لذلك كان المشرع على حق حين نظم في المجموعة المدنية الجديدة شهر إعسار المدين على نحو يكفل حماية معقولة للدائنين وإن لم تصل إلى حد الحماية التي يقرها القانون التجاري للدائنين بنظام شهر الإفلاس .

شروط شهر الإعسار :

١٩٥- يجب - لإمكان شهر إعسار المدين - توافر شرطين : أن يكون المدين معسراً إعساراً قانونياً ، وأن ترفع دعوى بطلب شهر الإعسار .

١- أن يكون المدين معسراً إعساراً قانونياً :

١٩٦- المدين المعسر هو ذلك الذي تزيد ديونه على حقوقه . فإن كانت هذه الزيادة بحيث يعجز عن الوفاء بجميع ديونه الحالية والمؤجلة فهو معسر إعساراً فعلياً . وهذا النوع من الإعسار كاف - كما سبق أن ذكرنا - لرفع الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

أما دعوى شهر الإعسار فتستلزم الإعسار القانوني^(١) ، حين تكون أموال المدين عاجزة حتى عن الوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها .

ويكفي لإثبات إعسار المدين أن يقيم الدائن الدليل على ما في ذمة المدين من ديون ، حين يتعين على هذا الأخير - إذا أراد أن ينفي عن نفسه

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٣٣ ص ١١٨٥ .

وصف الإعسار - أن يثبت أن له أموالاً تكفى للوفاء بديونه . وفى خصوص شهر الإعسار تكفى للوفاء بديونه الحالة.

٢- طلب شهر الإعسار :

١٩٧- وعلى النقيض من نظام الإفلاس لا تستطيع المحكمة أن تقضى بشهر إعسار المدين من تلقاء نفسها . ولا يجوز للنيابة العامة أن تتقدم بطلبه إلى المحكمة . وإنما يلزم أن ترفع الدعوى به ممن له مصلحة فى رفعها وهو عادة أحد الدائنين الذى يريد الإفادة من الضمانات التى يوفرها الحكم بشهر الإعسار على ما سنرى فيما بعد . وإن كان لا يستحيل تصور أن يرفعها المدين نفسه حين تكون له مصلحة فى شهر إعساره ، بقصد الحصول مثلاً على آجال لديونه أو لتمكينه من الحصول على نفقة من إيراداته المحجوزة.

إنما بالرغم من طلب شهر الإعسار يظل للمحكمة سلطاتها التقديرية فقد ترفض الحكم به حتى ولو كانت حالة الإعسار ثابتة . مراعية فى ذلك الظروف التى أدت إلى الإعسار وموارد المدين المستقبلية ومصالح دائنيه المشروعة (م ٢٥١)^(١).

(١) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥١ : « ومؤدى هذا أن للقاضى سلطة رحبة الحدود تتيح له تقدير جميع ظروف المدين ... وقد يكون فى الأحوال العامة ما يستتهدش لمصلحة المدين كما لو عرضت له عسرة موقوته فى خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى فى ترجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلاً كفايته للشخصية ... وسنه ... وحرفته ، ومركزه الاجتماعى ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسؤوليته من إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية » مشار إليه فى معوض: عبدالتواب ص ٥٣٩ .

إجراءات شهر الإعسار :

١٩٨- تختص بدعوى شهر الإعسار « المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين » (م ٢٥٠) وتكون « مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام . ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام » (م ٢٥٢) .

وقد حرص المشرع على أن يكفل علانية الحكم الصادر بشهر الإعسار لحماية كل من يريد التعامل مع المدين المشهر إعساره فأوجب فى المادة ٢٥٣ :

« ١- على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر فى الدعوى ويكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم .

٢- وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأثيرات لإثباتها فى سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » .

كما أوجبت المادة ٢٥٤ « على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أى طريق آخر أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها للموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها » .

آثار شهر الإعسار :

أولاً - بالنسبة للمدين :

١٩٩- يمكن تلخيص آثار شهر الإعسار بالنسبة للمدين فى ثلاثة على

النحو التالى :

١- عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة فى حق الدائنين :

٢٠٠- هذا الأثر لم يدرجه المشرع فى المادة ٢٥٧ إلى وقت صدور الحكم بشهر الإعسار وإنما جعله - لمصلحة الدائنين - منذ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار . فمنذ هذا التاريخ لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف ضار من جانب المدين سواء كان ينقص حقوقه أو يزيد التزاماته . بل ولا أى وفاء يقوم به ولو كان لدين مستحق الأداء . فنقول المادة ٢٥٧ : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . كل ذلك دون حاجة إلى إثبات غش المدين أو تواطئه مع المستفيد.

« وفى هذا تطبيق عملى لأحكام الدعوى البولصية فى كشف نظام الإعسار القانونى . وهو بعد تطبيقه تصيب من ورائه شروط هذه الدعوى قسطاً ملحوظاً من التيسير ، تلك أن مشقة إقامة الدليل على الإعسار والتواطؤ تنقطع عن عائق الدائنين ، إذ للمدين بحكم الحال معسر ، عالم بحقيقة حاله » (١)

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥٧ مشار إليها فى معوض عبدالنواب

غير أن هذا الأثر - وهو يجد تبريره في حماية الدائنين من ضرر محتمل يقصد إليه المدين بتصرفه - كان من المفهوم أن يجيز المشرع لهذا الأخير ما لا يحتمل ذلك من التصرفات . وهكذا أجاز للمدين : « أن يتصرف في أمواله - ولو بغير رضا للدائنين - على أن يكون بثمن المثل ^(١) وأن يقوم بإيداع الثمن خزنة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات ان توزيع » أما إذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل « كيان التصرف غير سار في حق الدائنين إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل » (م ٢٥٨) وبهذا الحكم أعطى المشرع فرصة للمدين أن يقوم بتصفية أمواله بنفسه مادام أن هذه التصفية لا تضر بالدائنين.

٢- إمكان تعرض المدين للعقوبة الجنائية :

٢٠١- وفقاً للمادة ٢٦٠ يعاقب المدين بعقوبة للتبديد في حالتين :

- « (أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعتمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره .
(ب) إن كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه » .

٣- تقرير نفقة للمدين من إيراداته المحجوزة :

٢٠٢- يجوز « لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار » إذا كان

(١) « وعند الخلاف ، يرجع إلى رأى الخبراء » ، الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٥٨ مشار إليها في معوض عبدالنواب ص ٥٤٤ .

الدائنون قد أوقعوا الحجز على أموال المدين بما فيها إيراداته ، فأصبح بهذا الشكل بلا مورد يعيش منه ، « أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة » ، لا من رأس المال . ويظل من حق المدين تقاضى هذه النفقة حتى تنتهى تصفية أمواله . وهذا الإجراء « الإنسانى » لم يكن له نظير فى التقنين المدنى الملقى « مع ما ينطوى فيه من معنى الدير بالمدين العائر الحظ » ^(١) على أنه يجوز « للتظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين أن كان التظلم منهم » (م ٢٥٩).

ثانياً - بالنسبة للدائن :

٢٠٣- هناك ثلاثة آثار أيضاً يرتبها شهر الإعسار فى مواجهة الدائن:

١- حلول الديون المؤجلة :

٢٠٤- حرصاً من المشرع على المساواة بين الدائنين رتبته المادة ٢٥٥ « على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة » حتى لا يسبق بعض الدائنين غيرهم لمجرد أن ديونهم حالة دونهم . ولما كانت هذه التسوية لا يصح أن تكون على حساب المدين ، فإنه إذا حلت الديون المؤجلة خصم منها « مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل ».

ومع ذلك أجازت الفقرة الثانية من نفس المادة - ولمصلحة الدائنين

(١) الأعمال التحضيرية لنص للمادة ٢٥٩ مشار إليها فى معوض عبدالتواب

أيضاً كما يتضح من عباراتها الأخيرة - « للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » كما لو كان الوقت فعلاً غير مناسب لبيع أموال المدين بأعلى قيمة.

٢- عدم نفاذ حقوق الاختصاص :

٢٠٥- لما كان الدائن الذى بيده سند تنفيذى سوف يبادر ، فور الحكم بشهر الإعسار ، إلى اخذ اختصاص على عقارات المدين بما يجعله فى مركز أفضل من غيره من الدائنين ، الذين قصد المشرع التسوية بينهم بنظام الإعسار فقد قرر المشرع فى المادة ٢/٢٥٦ أنه « لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا للتسجيل » . أما الدائنون الذين نشأت حقوقهم بعد ذلك فإن حق الاختصاص ينفذ فى مواجهتهم.

٣- إمكان اتخاذ إجراءات فردية ضد المدين :

٢٠٦- لا يترتب على شهر الإعسار - على النقيض من نظام الإفلاس - أن ترفع يد المدين عن إدارة أمواله لتوصفى تصفية جماعية وإنما يبقى - على العكس - من حق كل دائن أن يعمل مستقلاً على النحو الذى يحقق مصلحته . وقد يترتب على مبادرة أحد الدائنين للتنفيذ على أموال المدين أن يحصل على كامل حقه دون غيره من الدائنين ، إذا لم يتدخلوا لمشاركته فى التوزيع.

وهكذا فإنه بمقابلة ما قرره المشرع فى المادة ٢٥٦ من إمكان اتخاذ

الدائنين لإجراءات فردية مع ما قرره فى المادة ٢٥٥ من حلول آجال الديون بشهر الإعسار ، يكون للمشرع قد قرر المساواة للقانونية فقط بين الدائنين دون المساواة الفعلية ، وإن كان يقلل من شأن هذا العيب إلى حد كبير ما نظمته المشرع من علانية للإعسار ، الأمر الذى يكفل تنبيه الدائنين إلى إعسار مدينهم فيقدمون جميعاً للاشتراك فى التنفيذ على أمواله.

انتهاء حالة الإعسار :

٢٠٧- تنتهى حالة الإعسار إما بحكم من القضاء أو بقوة القانون.

(أ) بحكم القضاء :

٢٠٨- تنتهى حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى الشأن الذى له مصلحة فى هذا الإنهاء . وذلك فى حالتين :

(أ) « متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تريد على أمواله » (م ١/٢٦١) ويقصد بالديون هنا ما كان منها مستحق الأداء وقت شهر الإعسار وما كان مؤجلاً ثم حل تبعاً للحكم بشهر الإعسار .

(ب) « متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها » (م ١/٢٦١) . وهى تشمل الديون التى كانت حالة وقت شهر الإعسار وكذلك التى حل أجلها بحلول ميعاد استحقاقها وليس بسبب الحكم بشهر الإعسار^(١) . ولكفالة الهدف الذى قصد إليه المشرع من

(١) وحاء فى الأعمال التحضيرية للنص « . . تتبع فى الحكم بانتهاء حالة الإعسار فى الحالة الثانية ، نفس الإجراءات الخاصة بحكم إشهار الإعسار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر مط (موطن) للمدين - ولا يتحتم =

علانية للحكم بشهر الإعسار ، أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٦١ على كاتب المحكمة أن يؤشر « من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك ».

(ب) بقوة القانون :

٢٠٩- لما كان من غير المعقول أن تستمر يد المدين مغلوطة عن التصرف فى أمواله إلى ما لا نهاية ، فقد أعطى المشرع للدائنين مدة رآها كافية ليستطيعوا فيها تصفية أموال المدين واقتضاء حقوقهم منها . بعدها « تنتهى حالة الإعسار بقوة القانون » . هذه المدة هى خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار.

ومعنى انتهاء حالة الإعسار القانونية بحكم القانون ، على ما تقدم ، أن « تظل عُسرة المدين قائمة... . بيد أنها تصبح أمراً واقعاً لا حالة تنظمها أحكام القانون . ذلك أن أموال المدين ، سواء أضيفت أم لم تُصَفَّ فى خلال السنوات الخمس (وهى المدة المخصصة للتصفية) تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه » ^(١).

= صدوره من المحكمة التى أصدرت حكم إشهار الإعسار - بناءً على طلب كل ذى شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) ويقبل اللطعن فيه بالطرق نفسها ، ولكن فى المواعيد العادية » . مشار إليها فى معوض عبدالنواب ص ٥٤٦ .

(١) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٦٢ مشار إليها فى معوض عبدالنواب

ص ٥٤٧ .

المبحث الخامس

الحق فى الحبس^(١)

Droit de Rétention

التعريف به :

٢١٠- تقتضى اعتبارات العدالة^(٢) أن يكون بإمكان المدائن بدين مستحق الداء ، أن يحبس ما تحت يده ، مما هو ملتزم بتسليمه إلى المدين ، حتى يقوم هذا الأخير بسداد حق هذا الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم . هذا الحق المقرر للدائن هو ما يعرف بالحق فى الحبس.

(١) راجع فى تاريخ الحق فى الحبس : كولان وكليبتان ودى لامورانديير بند ١٠٤٦ . وفى الحق فى الحبس بوجه عام : محمد محمود نمره ، الحق فى الحبس كوسيلة للضمان (دراسة مقارنة بين القانون المبنى والفقه الإسلامى رسالة القاهرة ٢٠٠٧) تحت إشرافنا .

(٢) لم ينظم المشرع الفرنسى الحق فى الحبس كنظرية عامة ، وإنما أورد عدة تطبيقات له فى مواضع متفرقة : انظر فى هذه التطبيقات : جوسران بند ١٤٧٢ . وقد بات التساؤل الذى يفرض نفسه على الفقه والقضاء الفرنسيين هو معرفة ما إذا كانت هذه التطبيقات قد وردت على سبيل الحصر (من هذا رأى : مرلان ، لوران) ، أم وردت على سبيل المثال ، وفى أى الحدود ووفقاً لأى معيار يحدد نطاق هذا الحق إذا قيل بالحل الأخير . . راجع فى كل ذلك : جوسران بند ١٤٧٣ .

(٣) فى الحقيقة ، كانت فكرة العدالة كأساس للحق فى الحبس لدى بعض الشراح الفرنسيين هى التى تقف وراء توسعهم فى نطاق هذا الحق ليمتد حتى إلى خارج نطاق العقود الملزمة للجائين ، بينما أن من رفضوا هذا الأساس ، وفضلوا أن يمسندوا حق الحبس إلى أساس من فكرة الضمان الضمنى *garantie tacite* ، اقتصر عندهم نطاق الحق فى الحبس على العقود للتبادلية فقط . انظر فى عرض مفصل لذلك : كولان وكليبتان ودى لامورانديير بند ١٠٤٨ .

فالحق في الحبس هو - على هذا النحو - وسيلة لحمل المدينين بدين واجب الأداء ، على سداد هذا الدين للدائن عن طريق استمتاع هذا الأخير عن تسليم شيء يجب عليه تسليمه للمدين ما دلم أن هناك ارتباطاً بين حق الدائن والالتزام بالتسليم . أو هو بعبارة أخرى ، دفع يدفع به الدائن مطالبة مدنيه له بتسليم شيء ، له الحق في تسلمه ، مادام أنه لم يعرض الوفاء بالالتزام عليه للدائن مرتبط بالالتزام هذا الأخير بالتسليم . أو كما عبرت محكمة النقض في أحد أحكامها ، هو « دفع يعتصم به للدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان »^(١) . ومن ثم رأت فيه الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٦ أنه « لا يعدو أن يكون مؤسماً على فكرة المقاصة » مؤكدة أنه « ليس بممتنع أن تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل عند التطبيق ، في صورة حجز يوقعه المدين تحت يده نفسه »^{(٢)(٣)}.

شروطه :

٢١١- حددت شروط الحق في الحبس ، المادة ٢٤٦ مدنى ، حين قضت بأن : « لكل من التزم بأداء شيء ، أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض للوفاء بالتزام مرتتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه

(١) لنقض ١٩٧٩/١٢/١١ مشار إليه في معوض عبدلتواب ص ٣٣٢ .

(٢) مشار إليها في معوض عبدلتواب ص ٥٢٦ .

(٣) وقد جاء في حكم للنقض - تعليقاً على المادة ٢٤٦ ، أن هذه المادة « وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تنتمى ، فكل مدين أن يتمتع عن الوفاء بالتزامه استناداً إلى حقه في الحبس مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب الالتزام هذا المدين وكان مرتبطاً به » . لنقض ١٩٧٩/١٢/١١ سابق الإشارة إليه .

مصرفوات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع»

ومن هذا النص يتضح أن شروط الحق في الحبس تتلخص في :

أولاً - وجود التزام على الحابس (الدائن) بأداء شيء:

٢١٢- الأمر الذي يجعل الحبس - كما سبق أن ذكرنا - نوعاً من

الدفع يرد به الدائن الحابس على مطالبة المدين له بتسليم شيء يلتزم بتسليمه له . وفي هذا الصدد لا نهم طبيعة هذا الشيء الذي يرد عليه الحبس . حيث يستوى أن يكون عقاراً أو منقولاً ، مثلاً أو قيمياً ، مادياً أو غير مادي . بل يتجه الرأي الغالب إلى إمكان ورود الحبس على العمل أو الامتناع^(١) ، (كالمقابل يمكنه ألا يبدأ العمل حتى يستوفى الأجر المتفق على تعجيله له ، وكالجار للمتعهد بالألا يمنع جاره من المرور في أرضه ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه فيمنع الجار من المرور حتى يوفيه الجعل المتفق عليه » ، وذلك خلافاً لرأى عكسي يعول على حرفية نص المادة ١/٢٤٦ التي عبرت عما يمكن حبسه بلفظ (الشيء) وهو ما لا يتسع عنده لكل من العمل أو الامتناع^(٢) .

(١) انظر : د . المنهوي بند ٦٤٢ ، د . أنور سلطان بند ١٧٥ ، د . البدرأوى بند ١٦٤ ، د . عبد الوود يحيى بند ١٦٤ ، وقرب : د . الصده بند ٨٠ ، د . سليمان مرقس بند ٧٢٣ ، وقرب أيضاً من الفقه الفرنسي : جوسران الذي استخدم ، للتعبير عن محل الحبس ، لفظة الأداء perstation انظر بند ١٤٧٣ .

(٢) هذا ما يستخلص ضمناً من انتقاد د . إسماعيل غانم لصياغة المادة ١/٢٤٦ مدني في معنى قصر الحق في الحبس على الأشياء المادية : انظر بند ١١٠ ، وقرب د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٢٣ ، د . جمال زكي بند ٤٢٤ .

٢١٣- غير أنه لما كان الحبس يعتبر بمثابة حجز من الحابس على ما تحت يده ، فإنه لا يصح أن يرد على الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها ^(١) كما أن حق الحابس - وإن أملت اعتبارات العدالة - إلا أنه إذا تعارض مع مصلحة عامة فضلت عليه هذه الأخيرة ، وهو ما يتفرع عليه عدم إمكان ورود الحبس على الأشياء العامة لما يؤدي إليه حبسها من تعطيل للمنفعة العامة التي خصصت لها هذه الأموال ^(٢).

٢١٤- وللغالب أن يكون الشيء الذي يرد عليه الحبس مملوكاً للمدين (كما في حالة حبس الشيء المودع ، إلى أن يقوم صاحبه بمداة ما أنفقه عليه المودع لديه من مصروفات) . غير أنه من المتصور أن يكون هذا الشيء مملوكاً للحابس (الدائن) نفسه مادام ملتزماً بتسليمه للمدين ^(٣) (كالمؤجر الذي يحبس العين المؤجرة عن المستأجر حتى يوفيه هذا الأخير ما اشترط على تعجيله من أجرة).

٢١٥- هذا وتحرم المادة ٢/٢٤٦ حائز الشيء أو محرزه من حقه في حبسه إذا كان الشيء قد وصل تحت يده نتيجة عمل غير مشروع . فالسارق لا يحق له أن يحبس للمسروق حتى يقوم صاحبه برد ما أنفق عليه من مصروفات.

وجود حق مستحق الأداء للدائن الحابس :

٢١٦- فالادفع بالحبس ، كما ذكرنا ، وسيلة لحمل المدين على تنفيذ

(٢،١) في هذا المعنى : د . السنهوري بند ٦٤٢ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٢٨ ، د . إسماعيل غانم بند ١٠١ .

(٣) في هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ١٠١ ، ونظر في اتجاه مخالف في الفقه الفرنسي ، الفقه للمشار إليه فيه ص ٢٢٧ هـ ١ .

التزام للدائن الحابس . ومتى كان ذلك فإنه لا يصح اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا إذا كان حق الدائن واجب الأداء . فإذا كان هذا الحق مضافاً إلى أجل واقف ، أو كان - من باب أولى - معلقاً على شرط واقف أو متنازعا فيه ، أو مجرد دين طبيعى لا يمكن جبر المدين على تنفيذه ، لم يكن من حق الدائن - فى كل هذه الفروض - أن يحبس الشيء عن الملتزم بتسليمه له . ومن باب أولى وأولى إذا كان حق الدائن لم ينشأ أصلاً « وليس فقط أنه غير مستحق الأداء لكونه لم ينفذ أصلاً الالتزام الذى ينشأ عنه بسببه : كالميكانيكى ، مثلاً لا يستطيع أن يحبس السيارة المعهود إليه بإصلاحها حتى يقبض أجرة إصلاحها إلا أن يكون قد أصلحها فعلاً ^(١) .

وفى خصوص الحبس المستند إلى الدفع بعدم التنفيذ ، إذا كان يشترط أيضاً لجواز هذا الحبس أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً مستحق الأداء ، أى واجب التنفيذ حالاً ، إلا أنه « إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً ، أن يحبس التزامه استناداً إلى هذا الواقع » ^(٢) .

ثالثاً - وجود ارتباط ^(٣) بين حق الحابس والتزامه بأداء الشيء ^(٤) :

٢١٧- لا يكفى لثبوت الحق فى الحبس أن يكون فى حيازة الدائن

(١) انظر فى هذا التطبيق نقض ١٨/٥/١٩٥٩ المجموعة ص ١٠ من ٥٤٢ .

(٢) نقض ٢٩/١٢/١٩٦٦ المجموعة ص ١٧ من ٢٠٤٥ .

(٣) انظر - من تطبيقات القضاء الفرنسى - نقض (تجارى) ١١/٧/١٩٨٣

(د . ١٩٨٤ - ر . ٨٢) ، وفيه أيدت المحكمة حكم الاستئناف الذى رفض الادعاء بحق فى الحبس لتخلف شرط الارتباط .

(٤) وعلى الدائن الذى يتمسك بالحق فى الحبس أن يثبت وجود هذا الارتباط انظر

نقض فرنسى ١٣/١٢/١٩٨٣ (د . ١٩٨٤ - ر . ١٤٨) .

شئ مملوك للمدين ، وإنما يلزم أن يكون هناك ارتباط بين حيازة الشئ وحق الحابس . أو بعبارة أخرى ارتباط بين للالتزامين (التزم الحابس بالتسليم وحقه في مواجهة للمدين) . هذا الارتباط وحده كاف بالرغم من عبارة نص المادة ١/٢٤٦ ، حتى ولو لم يصل إلى مستوى علاقة السببية بين هذين الالتزامين . وهو — أى هذا الارتباط — قد يكون قانونياً أو مادياً .

(أ) ويقوم الارتباط القانوني : على وجود علاقة تبادلية بين الالتزامين . هذه العلاقة قد يكون مصدرها عقد ملزم للجانبين ، وفي هذه الحالة تصل إلى مستوى علاقة السببية ، ويتخذ الحبس فيها صورة الدفع بعدم التنفيذ ^(١) ، ومثالها حبس البائع للشئ للمبيع حتى يؤدي المشتري

(١) هذا الدفع الذي يعتبر — وكما نصت المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٤٦ — من تطبيقات القاعدة العامة للحق في الحبس . انظر الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٥١ : ويؤيد هذا التصوير غالبية الفقه في مصر . انظر د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٢٧ ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٢٤ د . البتراوي بند ١٦٨ د . أنور سلطان بند ١٧٢ د . جميل الشرفاوي بند ٤٣ د . جلالودود يحيى بند ٦٠ د . إسماعيل غانم بند ١٠٦ ، ويقترب من الفقه الفرنسي كاربونيه بند ٨٤ ص ٢٨٣ الذي يقول أنه من الصعب تمييز الدفع بعدم التنفيذ من الحق في الحبس .

وانظر عكس ذلك : د . محمود جمال الدين زكي بند ٤٢٥ ، ومن ثم فقد اشترط ، في الحبس ، ألا يكون الارتباط للقانوني سابق الإشارة ناشئاً عن علاقة تبادلية بين الالتزامين مصدرها عقد ملزم للجانبين « حيث تقع دائرة الدفع بعدم التنفيذ » .

راجع في عرض أوفى لنطاق الحق في الحبس :

MANDE - DJABOU (J) : La notion étroite du droit de retention J.C.P. 1976-I-dioct-2760; CASSIN (René) : De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatique Thèse Paris 1914; CASSIN (R) note S 1922-2 25 .

وانظر — بوجه عام في طبيعة الحق في الحبس :.

CATALA - FRANJOU (N) : De la nature juridique du droit de retention . Rev . trim . 1967 P . 9-44 .

الثلث . وحبس المشتري ، الثمن ، إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، المقرر له بالمادة ٥٧٤ (١) وحبس المستأجر الأجرة عن المؤجر ، في سبيل دفعه إلى تنفيذ التزامه ، بعدم التعرض له في الانتفاع بالعين المؤجرة ، عيناً ، « إلى أن يقوم بوقف تعرضه » (٢) . وحبس الناقل الأشياء المنقولة أو بعضها حتى يستوفى أجرة النقل المستحقة له (٣) ، وهكذا (٤) . وقد تنشأ العلاقة بمناسبة العقد للملزم للجانبين في حالة انحلاله بالبطان أو الفسخ ، حين يكون لكل من الطرفين أن يحبس ما هو ملتزم برده - بموجب البطان أو الفسخ - حتى يستوفى ما هو مستحق له . كالمشتري ، له الحق في أن يحبس العين - المحكوم بفسخ عقد بيعها له - حتى يوفيه البائع ما دفعه من الثمن ، « تأسيساً على أن لالتزامه (أى المشتري) بتسليم العين بعد الحكم بالفسخ يقابله التزام البائع برد ما تعلمه من الثمن » (٥) . كما أن له - بعد فسخ البيع - أن يحبس ما يستحقه البائع في ثمنه من ثمار الشيء المبيع حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن تأسيساً عن أن التزامه (أى المشتري)

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعة من ٢٦ ص ١٦٠٧ ، والحكم المشار إليه في الهامش اللاحق .

(٢) وتدبر جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضى الموضوع شرط أن يقيم قضاؤه في هذا الخصوص على أسباب ملائمة تكفى لحمله . انظر نقض ١٩٧٩/٥/٣١ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥٣١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٥/٤/٨ المجموعة من ٢٦ ص ٧٦٦ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ المجموعة من ١٧ ص ١٩٢٦ .

(٥) انظر نقض ١٩٧٩/١٢/١١ سابق الإشارة إليه ، وفيه قالت المحكمة أن المادة ٢٤٦ « وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تنتهى » .

(٦) نقض ١٩٦٨/٩/٢٧ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٥٢٨ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٢/٤/١٨ المجموعة من ٢٣ ص ٧٢١ .

برد ثمرات العين المباعة يقابل التزام البائع ببرد فوائد ما قبضه من الثمن^(١). وقد توجد هذه العلاقة بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد : كالوكيل (غير المأجور) يحبس ما تسلمه لحساب الموكل حتى يرد له هذا الأخير ما أنفق في تنفيذ الوكالة للتنفيذ المعتاد^(٢). بل قد توجد هذه العلاقة التبادلية رغم عدم وجود أى عقد علي الإطلاق . ففي الفضالة يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (ويجد التزامه هذا مصدره في نص القانون) ويقابل ذلك التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما أنفق (ومصدر التزامه الفعل النافع) . وهذان الالتزامان ، رغم أنهما غير ناشئين من عقد ، إلا أن بينهما علاقة تبادلية تجيز للفضولي استعمال الحق في الحبس.

(ب) أما الارتباط للمادى فلا يقوم على علاقة تبادلية بين الالتزامين ، وإنما على مجرد واقعة مادية هي حيازة الشيء أو إحرازه ، حين يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشيء ذاته ، وذلك في صورتين : إما لأن الحابس قد أنفق على الشيء مصروفات يحق له استردادها^{(٣)(٤)}، يستوى في ذلك أن يكون الحابس حسن أو

(١) نقض ١٩٧٢/٤/١٨ سابق الإشارة إليه .

(٢) فالوكالة غير المأجورة هي عقد ملزم لجانب واحد هو الوكيل ، وإذا كان الموكل - في هذا المثال - قد التزم برد النفقات للوكيل ، فليس مصدر التزامه عقد الوكالة ، وإنما الفعل النافع .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ المجموعة ص ١٩ ص ١٥٠٤ ، نقض ١٩٥٩/٥/١٨ سابق الإشارة إليه .

(٤) وقد جعلت المادة ٢/٢٤٦ سابق الإشارة ، من هذا الفرض ، حالة من الحالات التي يثبت فيها حق الحبس بوجه خاص : انظر من تطبيقات القضاء لهذه الحالة : نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ المجموعة لسنة ٢٤ رقم ٢٢٣ ص ١٢٨٧ ، والأحكام المشار إليها في الهامش السابق .

سئ النية ^(١) أو أنه قد أصابه ضرر من هذا الشيء يستحق تعويضاً عنه .
ومثال الصورة الأولى أن ينفق واضع اليد على الشيء المملوك للغير نفقات
ضرورية أو نافعة فيكون له حبس الشيء حتى يستوفي هذه النفقات . ومثال
الثانية أن يتسرب حيوان إلى ملك الجار فيتلف مزروعاته ، فيكون له حبس
هذا الحيوان حتى يؤدي مالكة ما هو واجب عليه من تعويض .

٢١٨- فإذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يستعمل حقه في
الحبس ، دون أن يكون عليه إنذار المدين ، أو للحصول على ترحيص من
القضاء باستعمال هذه الوسيلة ^(٢) . إنما لا تملك المحكمة أن تقضى بإعمال
حق الحبس « ما لم يطلب ذلك صراحة صاحب الحق فيه . وإذا لم يتمسك
الخصم بالحق في الحبس أمام محكمة الموضوع فلا يقبل منه إنرنه لأول
مرة أمام محكمة النقض » ^(٣) .

أحكام الحق في الحبس :

أولاً - حقوق الحابس :

٢١٩- للحابس أن يحبس العين عن مالكيها وعن خلفه العام ، وذلك
إلى أن يستوفي كامل حقه في مواجهة المدين ، إذ الحق في الحبس لا يقبل

(١) انظر نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ١٢٨٧ .
وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة ، في هذا الحكم ، أنه ، بذلك « يثبت لمن أقام منبات على
أرض في حيازته ، الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض المستحق له عن تلك المنتبات
طبقاً للقانون » .

(٢) في هذا المعنى : نقض ١٩٦٧/١/١٩ المجموعة السنة ١٨ رقم ٢٤
ص ١٤٣ .

(٣) نقض ١٩٨١/٢/٥ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٥٣٢ ، نقض
١٩٦٩/١/٢٣ المجموعة ص ٢٠ ص ١٥٥ .

التجزئة . وإن كان يتعين من ناحية أخرى على الحسابس ألا يتعسف فى استعمال حقه (كما لو أصر على الحبس رغم تهامة الباقي من الدين بالنسبة للالتزام فى جملته) . ويمتد الحق فى الحبس إلى ثمار الشيء . فإذا كانت هذه الثمار تقبل التلف كان للحابس أن يستأذن القضاء فى بيعها لينقل حقه فى الحبس إلى ثمنها .

٢٢٠- وللحابس أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة الغير ^(١) كالخلف الخاص ^(٢) الذى تنتقل إليه ملكية الشيء المحبوس . كما أن له أن يتمسك بحقه فى مواجهة الراسى عليه المزار وبذلك يؤدى الحق فى الحبس - فى هذه الحالة - إلى النتيجة الفعلية التى يؤدى إليها حق الامتياز ، مع أن « مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » من الناحية القانونية (٢٤٧ م) .

٢٢١- على أنه إذا كان المحبوس عقاراً وكان الخلف الخاص الذى انتقلت إليه ملكية هذا العقار أو الدائن المرتهن لملكه ، قد أشهر حقوقهما قبل ثبوت الحق فى الحبس للحابس ، فإن هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهتهما ^(٣) . « لأن الحق فى الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها فى مقوماتها ولا يعطى لحائز الشيء الحق فى التمتع والتقدم » ^(٤) . ويتفرع على ذلك ألا يكون بإمكانه الامتناع عن تسليم العقار

(١) راجع فيما ثار من خلاف فى مدى إمكان الاحتجاج بالحبس على الغير فى الفقه الفرنسى : جوسرلن بند ١٠٤٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ المجموعة س ٢٩ ص ٩٣٢ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ المشار إليه فى الهامش السابق .

(٤) نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ السابق ، وانظر أيضاً الأعمال التحضيرية لنص المادة

٢٤٦ ونص المادة ٢٤٧ .

للمراسى عليه المزارد إذا قام هذا الدائن بالتنفيذ عليه . اللهم إلا إذا كان سبب الحبس هو إنفاق مصروفات على العقار حيث يمكن الاحتجاج بالحبس ولو ثبت بعد شهر هذه الحقوق لما أدى إليه إنفاق المصروفات من حفظ للعين وزيادة في قيمتها الأمر الذي يفيد منه جميع من يطالب بردها من خلف خاص أو دائن مرتهن.

٢٢٢- لكن لما كان « مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » ^(١) من الناحية للقانونية فإنه إذا قام الحابس بالتنفيذ على العين محل الحبس فإنه لا يتمتع بامتياز على ثمنها ^(٢) وإنما يشاركه فيه سائر الدائنين الذين يقتسمونه معه قسمة الغرماء . ولا يمكنه بعد ذلك أن يحبسها عن المراسى على مزاردها . لأنه بإقلامه على طلب بيعها يكون قد نزل عن حقه في حبسها.

٢٢٣- والحق في الحبس ، كوسيلة وقائية ، لا يمنع عن الحابس حقه في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه المرتبط . فمثلاً : جق المستأجر في حبس الأجرة عند إخلال المؤجر بالتزامه بالامتثال عن كل ما من شأنه أن يحول بينه والانتفاع بالعين المؤجرة ، لا يحول بينه وطلب إتصاص هذه الأجرة بنسبة ما نقص من انتفاعه بالعين ^(٣).

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٣/٣٠ سابق الإشارة إليه .

(٢) انظر الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٧ حيث تقول « فإذا قام المحتبس بالتنفيذ على ما حبس فلا يكون له من وراء ذلك بمجرد أن يتقدم غيره في اقتضاء حقه من الثمن » .

(٣) انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٧٥/٤/٨ للمجموعة السنة ٢٦ رقم ١٤٩ ص ٧٦٦ .

ثانياً - التزامات الحابس :

٢٢٤- حددت التزامات الحابس المادة ٢٤٧ ويمكن تلخيصها على

النحو التالي :

١- أول ما يلتزم به الحابس هو أن يحافظ على العين المحبوسة^(١)، وقد أحالت المادة ٢٤٧ في تحديدها لدرجة العناية التى يجب أن يبذلها الحابس فى هذا الصدد إلى أحكام رهن الحيازة^(٢) . وبموجب هذه الأحكام يجب على الحابس أن يبذل فى هذه المحافظة عناية الرجل المعتاد.

ويتفرع على هذا الالتزام أنه إذا كان الشيء المحبوس « يخشى عليه

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ المجموعة س ١٧ ص ١٩٢٦ (فى معرض واجب الناقل فى المحافظة على الأشياء المنقولة) وقد جاء فيه « متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذى كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة إليه ويعود الالتزام بالتسليم فى ذمة الناقل وفقاً لأحكام عقد النقل ، فيلتزم بتسليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه ، إذ لا يترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بالتسليم حتى يعنى المرسل إليه بالتزامه بالوفاء بأجرة النقل . ولا يغير من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب فى حبس البضاعة بخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره فى الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخل للناقل أن يستعمل حقه فى الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير فى الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف فى فترة احتباسها » .

(٢) ولئن كان القانون المدني القديم لم يورد نصاً على واجبات الحابس فى حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده ، إلا أنه كان من المسلم به دائماً أن على الحابس هذا الواجب « قياساً على القاعدة المقررة فى رهن الحيازة » . انظر نقض ١٩٥٥/١٢/١٨ المجموعة س ٦ ص ١٥٤٥ .

الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ « أى بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه .
(م ٣/٢٤٧) (١).

ونرى أن نص الفقرة ٣ سابق الذكر معيب فى صياغته إذ يشعر بعبارة أن بيع الشيء المحبوس الذى يخشى عليه الهلاك أو التلف بعد استئذان القاضى أمر جوازى للحابس ، حين أنه فى اعتقادنا أمر واجب عليه ، وتعليه اعتبارات العدالة وحسن النية من جانب الحابس بل ويفتضيه واجب المحافظة على الشيء.

على أن طلب البيع فى هذه الحالة لا يعتبر تنفيذاً على الشيء يفقد الحق فى الحبس وإنما هو إجراء ضرورى لحفظ المحبوس من الهلاك أو التلف.

٢- ويلتزم الحابس كذلك - إذا كانت العين المحبوسة تغل ثماراً - أن يقيض هذه الثمار (وهو يقيضها لحساب مالكها) (٢) ويحبسها مع العين حتى يستوفى حقه ، وأن يقدم عنها حساباً للمالك . فإذا كانت هذه الثمار مما يسارع إليه التلف ، كان عليه - فى اعتقادنا - أن يستأذن القاضى فى بيعها ثم يحبس ثمنها.

ونرى - مع بعض الشراح - أن على الحابس التزاماً باستثمار الشيء

(١) نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ سابق الإشارة إليه .

(٢) فليس للحابس أن ينتفع بالشيء لنفسه : فى هذا المعنى الأعمال التجسيرية لنص المادة ٢٤٧ د . إسماعيل غانم بند ١١٢ د . الصده بند ٨٢ . ومن تطبيقات القضاء : نقض ١٩٥١/١/١٤ مشار إليه فى معوض عدلنواب ص ٥٣٤ .

إذا كان بطبيعته مما ينتج ثمرات ^(١)^(٢) وذلك قياساً على ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة ١١٠٤ في خصوص الرهن الحيازي . مثل هذا الالتزام أمر يوجبه حسن النية كما يقتضيه واجب المحافظة على الشيء في كثير من الأحوال.

٣- ويلتزم الحابس أخيراً بأن يرد العين المحبوسة لمالكها عند انقضاء الحق في الحبس ، طالما أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون امتناعاً مؤقتاً عن تنفيذ الالتزام بتسليم العين.

ثالثاً - انقضاء الحق في الحبس :

٢٢٥- ينقضى الحق في الحبس بطريقتين ، طريق تبعى وطريق أصلى :

(أ) الطريق التبعى :

٢٢٦- إذا انقضى - لأي سبب - حق الدائن الذي حسبت العين من أجله انقضى الحق في الحبس بالتبعية ^(٣) . على أن يلاحظ أن بقاء العيين

(١) ما لم يمنعه المالك - بذاته - من ذلك .

(٢) انظر د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٣٢ ، ويبرر ذلك بأن الشيء موجود في يد الحابس فيجب ألا يفوت على للمالك حق الإقادة منه . هذا إلى أن المادة ٢٤٧-٢ تلزم الحابس بأن يقدم حساباً عن غلة الشيء المحبوس ، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله . وانظر عكس ذلك : د . السنهوري بند ٦٧٧ ، وقد توسط د . إسماعيل شام (بند ١١٢) حيث يرى أن الحابس ليس عليه أصلاً للالتزام باستثمار الشيء المحبوس « إلا إذا كان هذا الاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشيء ذاته » .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/١٢/١٥ مابق الإشارة إليه ، فـ في شأن انقضاء حق الناقل في حبس البضاعة متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل .

المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر إقراراً متجدداً من جانب المدين (مالك هذه العين) بأنه مدين للحابس ، الأمر الذى يحول دون انقضاء الحق الذى حبست العين من أجله بالتقادم ، مادامت العين المحبوسة تحت يد الحابس . ولذلك لا يتصور انقضاء الحق فى الحبس بتقادم الدين المضمون .

(ب) الطريق الأصلى :

٢٢٧- وينقضى الحق فى الحبس وحده مع بقاء الدين المحبوس من أجله ، فى الحالات الآتية :

١- إذا قدم مالك العين المحبوسة « تأميناً كافياً » للوفاء بحق الدائن ، لأنه عندئذ لا يعد للحبس من مبرر . ويقدر للقاضى - عند النزاع - ما إذا كان للتأمين كافياً أم لا . ولا يستثنى من ذلك إلا ما قضت به المادة ٤٥٩ مدنى والتى بموجبها يظل من حق اللاباع « أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة » .

٢- وينقضى الحبس كذلك بهلاك العين المحبوسة ولا يبقى إلا البحث عن سبب هذا الهلاك لتحديد من تقع عليه تبعته . ولما كانت المادة ٢٤٧ قد أحالت - فى صدد التزام الحابس بالمحافظة على الشيء إلى أحكام رهن الحيازة ، فإن العين المحبوسة ، طبقاً لما تنقضى به المادة ١١٠٣ فى خصوص الرهن الحيازى سوف تهلك على الحابس مالم يثبت أن الهلاك كان بسبب اجتنبي لا يد له فيه . وفى هذه الحالة الأخيرة إذا استحق مالك العين تعويضاً من المسؤول عن هلاكها أو مبلغ تأمين عوضاً عن هذا الهلاك ، حل هذا أو ذاك محل العين الهالكة وكان للدائن حبيسه أخذاً بفكرة الحلول العينية .

٣- ويترتب على إخلال الحابس بالتزامه بالمحافظة على الشيء انقضاء الحق فى الحبس كما سبق أن ذكرنا .

٤- ويبقى أخيراً أن الحق في الحبس ينقضى بالتنازل عنه : صراحة كان هذا التنازل أو ضمناً ^(١) . وإقدام الحابس على التنفيذ على الشيء المحبوس يعتبر - كما بينا في موضع سابق - من قبيل هذا التنازل الضمني . كما يعتبر من قبيله أيضاً أن يتخلى الحابس باختياره عن حيازة الشيء المحبوس . وهو ما عبرت عنه المادة ١/٢٤٨ بقولها : « ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه » . والتخلى عن الحيازة المسقط للحق في الحبس هو « واقعة مادية ، لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها ومن المستندات المقدمة فيها » ^(٢) . إنما لا يتضمن معنى النزول - بداهة - أن يخرج الشيء المحبوس من تحت يد حابسه خفية أو بالرغم من معارضته « باعتبار أن الأمر » هنا « ينطوي على سرقة ضمان » ^(٣) . وإنما يجوز له استرداده : إذا طلب ذلك « خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » م ٢٤٨ ، حتى من الحائز حسن النية . كما لا يتضمن معنى النزول أيضاً - في خصوص حق المشتري في حبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده المقرر بالمادة ٢/٤٥٧ على ما سبق أن ذكرناه - « علم المشتري وقت الشراء بالسبب » منشأ هذا الخوف . فهذا العلم « لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق ، لأنه قد يكون محيطاً بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من

(١) ومضى تم هذا النزول فلا يجوز بداهة العنول عنه . انظر نقض ١٩٦٨/٥/١٦ المجموعة السنة ١٩ رقم ١٤٣ ص ٩٦٢ .

(٢) نقض ١٩٥٣/٤/٩ مشار إليه في معوض عبدالتواب ص ٥٣٥ .

(٣) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٢٤٨ مشار إليها في معوض عبدالتواب

الثلث ، مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار «^(١) . وهو ما قرره محكمة النقض في العديد من أحكامها^(٢) .

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/١٠ المجموعة من ٢٦ ص ١٦٠٧ .

(٢) انظر مثلاً نقض : ١٩٨١/٢/١٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٥٣٣ ،
والحكم المشار إليه في الهامش السابق .

الباب الثانى

أوصاف الالتزام

تمهيد :

٢٢٨- يقصد بأصاوف الالتزام ، ما يضاف إلى الالتزام فسى أحد عناصره الثلاثة ، وهى الرابطة للقانونية ، أو محلها ، أو أطرافها ، من أمور تعدل من الآثار التى يربتها الالتزام فى صورته العادية .

والصورة العادية للالتزام هى - باختصار - أنه رابطة قانونية محققة فى وجودها ، منجزة فى وجوب تنفيذها ، يشمل محلها شيئاً واحداً يتعين على المدين تأديته بذاته أو عدة أشياء لا تبرأ ذمته إلا بإدائها جميعاً ، ترتبط بين طرفين ، دلتن واحد ومدين واحد ، أو عدة أطراف لكن ينقسم الالتزام بينهم ، أى تتعدد الالتزامات بقدر عددهم .

٢٢٩- والوصف الذى يخل على الالتزام قد يتعلق بالرابطة القانونية ذاتها : فيجعلها غير محققة فى وجودها أو متهدة فى بقائها ، حين يسمى الوصف فى هذه الحالة بالشرط . وقد يتعلق بها ، لا من حيث وجودها وإنما من حيث نفاذها أو سريانها : فبدلاً من أن تكون منجزة يرجئ بداية نفاذها ، وبدلاً من أن تستمر فى السريان يضع حداً زمنياً ينتهى عنده سريانها وينقضى من ثم الالتزام ، حين يسمى الوصف فى هذه الحالة بالأجل .

وقد يرد الوصف على محل هذه الرابطة ، فيشمل عدة أشياء ، لكن تبرأ ذمة المدين بأداء واحد منها ، حين يوصف الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام التخييري . وقد لا يشمل إلا شيئاً واحداً ، لكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر ، حين يوصف الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام البدلى .

وقد يتعلق الوصف بأطراف الرابطة للقانونية ، فيكونون متعددين لكن فى التزام واحد ، ويقال فى هذه الحالة أن هناك تضامناً أو أن هناك التزاماً

غير قابل للانقسام .

٢٣٠- وهكذا يمكن حصر أوصاف الالتزام جميعها فى : الشرط والأجل ، والالتزام التخييري ، والالتزام للبلى ، والتضامن ، وعدم القابلية للانقسام .

والالتزام الذى يدخل عليه أى من هذه الأوصاف يسمى بالالتزام الموصوف ، تمييزاً له عن الالتزام فى صورته العانية الذى ينعت بالالتزام البسيط .

تقسيم :

نوزع الدراسة فى هذا الباب على ثلاثة فصول : نعالج فى أولها الأوصاف التى ترد على الرابطة القانونية ، وفى الثانى الأوصاف التى ترد على محل هذه الرابطة ، لنخصص للأوصاف التى تتعلق بأطراف هذه الرابطة الفصل الثالث .

الفصل الأول

الأوصاف التي ترد على الرابطة القانونية

(الشرط ، والأجل)

تمهيد وتقسيم :

٢٢١- قلنا أن الوصف قد يلحق الرابطة القانونية ذاتها فإذا كان يجعلها غير محققة في وجودها أو في بقائها ، لأنه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء ^(١) بتحقيق واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع ، كان الالتزام في هذه الحالة موصوفاً بما يسمى بالشرط أو وفقاً للاصطلاح القانوني معلقاً على شرط . أما إذا كان لا يؤثر على الوجود المحقق للرابطة وإنما يتعلق بنفاذها ^(٢) فيؤجل بدايته أو يحدد نهايته ، لأنه يربط هذه أو تلك بواقعة مستقبلية محققة الوقوع ، كان الالتزام في هذه الحالة موصوفاً بالأجل ، أو وفقاً للاصطلاح القانوني مضافاً لأجل .

٢٢٢- وهكذا فإذا كان الشرط ، كالأجل ، كل منهما أمر مستقبلي ، إلا أن الأول غير محقق الوقوع حين أن وقوع الثاني أمر مؤكد .
وتخصص مبحثاً مستقلاً لكل منهما .

المبحث الأول

الشرط

La condition

٢٢٣- إن لفظ الشرط يتسع في الواقع لمعان متعددة ، فضلاً عن استعماله كوصف للالتزام ^(٣) . فقد يقصد به ما يستلزمه القانون من عناصر

(١) ، (٢) في هذا المعنى : نقض ١٨/١/١٩٧٨ المجموعة للسلة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(٣) أنظر في هذه المعاني : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٤١ د . عبد الفتاح عبد الباقي بند ١٣٨ د . إسماعيل غانم بند ١٣٩ .

لترتيب أثر معين (كاشتراط الشكل الرسمي في الهبة) . وقد يقصد به ما يدخله المتعاقدان من بنود في العقد لمجرد تنظيم علاقتهما العقدية : (كأن يشترط مثلاً تسليم المبيع في مكان معين) .

وقد يقصد به ما يعد عنصراً من عناصر وجود الحق بحيث لا يتصور وجود الحق بدونه ، أو بتعبير آخر أن بدونه يكون الأمر مجرد أمل (كالوصية حال حياة الموصي ، لا ترتب للموصي له سوى مجرد أمل لا يرتقى إلى مستوى الحق إلا بتحقق شرط وفاة الموصي) .

٢٣٤- أما الشرط الذي نقصده كوصف للالتزام فهو أمر عارض أو خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استكمل كل العناصر التي يستلزمها القانون (١)(٢) .

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دورس ملازو) بند ١٠٣٩ ، ستارك بند ١٨١٢ ، مارتى وريويو بند ٧٤٥ ، كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ ، وفي مصر : د . البندراوى بنسب ٢٠٦ ، د . أنور سلطان بند ٢٣٠ ، ولمزيد من التفاصيل في هذا التحديد راجع د . عبدالرزاق السنهوري ، للتوسيط ج ٣ (الأوصاف ، اللوالة ، الانقضاء) ١٩٥٨ ص ٤ هامش ٢ ، والبنود ١٥ ، ٢٤ ، وقلرن ، ليلوتر ، الذي يرى شرطاً في كل ما من شأنه أن يجعل وجود الالتزام أمراً مستقبلاً غير محقق ، ولو تعلق الأمر بعنصر جوهري في الالتزام ذاته . ويقصد - من ثم - بصفة العرضية فيه ، عدم ضرورة أن يكون الالتزام معلقاً على شرط ، إذ الأصل - على العكس - أن تنشأ الالتزامات غير مشروطة :

LELOUTRE (Amedée) : Des cas d'existence et des effets de la condition . Rev. Crit. 1912 P. 232 .

كذلك ، وعلى الرغم من أنه يحصر الشرط كوصف للالتزام فيما لا يكون ضرورياً لوجود العقد ولصحته ، فإن كاربونيه ينتهي أيضاً إلى أن المقصود بصفة العرضية أن الأصل في الالتزام أن يكون بسيطاً . أنظر كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٢) وعادة ما تكون غاية المتعاقدين من اللجوء لهذه الوسيلة ، هي تمكينهما من اتخاذ بعض الاحتياطات ، أو للتحوط من مخاطر يمكن أن تحدث في المستقبل . أنظر في هذا المعنى : ستارك بند ١٨١٦ .

تعريف الشرط كوصف للالتزام ، نوعاه :

٢٣٥- يمكن تعريف الشرط كوصف للالتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله (م ٢٦٥ مدني) .
ومن هذا التعريف يتضح أن الشرط ينقسم إلى نوعين من حيث ما يترتب على تحققه من آثار .

٢٠٢- فإذا كان يترتب على تحققه وجود الالتزام سمي بالشرط الواقف Condition suspensive ومثاله أن يعد أب ولده بمكافأة مالية إذا نجح في الامتحان . عندئذ يكون التزام الأب معلقاً في وجود ذاته ^(١) على واقعة النجاح . أما إذا كان يترتب على تحققه زوال الالتزام سمي بالشرط الفاسخ Condition résolutoire ومثاله أن يهب شخص شخصاً آخر منزلاً على أن تفسخ الهبة إذا رزق (أى الواهب) في المستقبل ولداً ^(٢) . عندئذ يكون التزام الواهب موجوداً منذ البداية ، ومتعيناً من ثم تنفيذه ، وإن كان عرضة للزوال في المستقبل إن تحققت واقعة الإيجاب ، حيث يتعين على

(١) وفي هذا ما يميز للشرط عن الأجل ، من حيث أثر كل منهما على الالتزام ، كما سنرى فيما بعد . فالأول له تأثيره على وجود هذا الالتزام ، فيما لا يؤثر الثاني إلا على نفاذه . أنظر في هذا المعنى :

LOUSSOUARN (Yvon) : De la distinction du terme et de la Condition . Rev . trim . 1970 P . 768 No . 13 .

جستان ، تعليق على حكم نيس الابتدائية (الاستئنافية) في ١٩٧٠/١٠/٢٤

(ج .ك .ب ١٩٧١ - ٢ - ١٦٨٦٦) ، جوجلار (دروس ملزو) بند ١٠٢٧ .

(٢) ويبين من هذا المثال ، ومن تحليل فكرة الشرط للفاسخ بدقة أنه ليس في الحقيقة إلا نوع من الشرط الواقف ، لكن الذي يوقفه ليس هو نشأة الالتزام وإنما زواله .
أنظر في هذا المعنى : كولان وكليبتان ودي لاموراندبيرر بند ٣٩٢ ، د ، السلهوري ج ٣ بند ٢٠ .

الموهوب له (الدائن) إذ ذلك أن يرد الشيء الموهوب إلى الواهب . ومن هذه النتيجة يتضح أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف في الوقت ذاته . أو بعبارة أكثر وضوحا أن نشوء الالتزام على عائق المدين معلقا بشرط فاسخ ، يعاقبه نشوء التزام على عائق الدائن يكون معلقا على شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة للمدين . ففى المثال السابق ، تعد واقعة الانجاب شرطا فاسخا إذا ووجهت من زلوية المدين (الواهب) ، وتعد هى نفسها شرطا واقفا إذا ووجهت من زاوية الدائن ، يعلق التزامه بررد المال الموهوب (١) .

٢٣٦- هذا وقد يصعب - عملا - فى بعض الأحيان ، تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بشرط واقف أو بشرط فاسخ (٢) . ولهذا التحديد أهميته الكبيرة من حيث اختلاف الآثار التى تترتب على نوعى الشرط كما سئرى فيما بعد . والمرجع فى هذا الأمر إلى نية للطرفين التى يستخلصها قاضى الموضوع من الظروف والملابسات .

الخصائص الواجب توافرها فى الواقعة التى تصلح أن تكون شرطا :

٢٣٧- يشترط فى الواقعة حتى تصلح لأن تكون شرطا يعلق عليه الالتزام : أن تكون أمرا مستقبلا ، غير محقق الوقوع ، ومشروعا لا يخالف النظام العام أو الآداب .

(١) فى هذا المعنى د . السنهورى جـ ٣ بند ٢٠ .

(٢) أشار لهذه الصعوبة : تعليق على نقض فرنسى ١٩٧٣/١١/٦ (د . ١٩٧٤ -

٩٠) ، د . السنهورى جـ ٣ بند ٢٠ ويمثل لها بفرض مالى علق البيع على شرط موافقة الغير على البضاعة المباعة .

١ - الشرط أمر مستقبلي :

٢٣٨- يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً لأنه - كما سنرى - يجب كذلك أن يكون غير محقق الوقوع . والاحتمال أو عدم تأكيد الوقوع هو من خواص الأمور المستقبلية وحدها . فالأمر الماضي أو الحاضر لا يصلح أن يكون شرطاً وقد تأكد وقوعه أو عدم وقوعه ، حتى ولو كان الطرفان يجعلان ذلك^(١) ، فإذا تعهد شخص بمكافأة إذا فاز حصان في سباق وكان يجهل أن السباق قد انتهى من مدة أو أنه انتهى في الوقت الذي تعهد فيه ، فإن التزامه لا يكون معلقاً على شرط ، لأنه إذا كان الحصان قد فاز فإن هذا الالتزام يكون قد انقضى منذ البداية بسيطاً ، أما في الحالة العكسية فإن الالتزام لم يكن له من وجود منذ البداية .

٢ - غير محقق الوقوع :

٢٣٩- ويجب من ناحية أخرى . أن تكون الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع ، بمعنى أن يكون وقوعها أو عدم وقوعها أمراً محتملاً . ما يفترض من ناحية ألا تكون مؤكدة الوقوع في المستقبل وألا تكون من ناحية أخرى - مستحيلة الوقوع .

(١) أما المادة ١١٨١ من المجموعة المدنية الفرنسية ، فقد سوت بالحالات المستقبلية ، الحادث الذي تحقق عند إبرام العقد ، ما دلم أن تحققه إذ ذاك كان مجهولاً من المتعاقدين . وإن أضافت فقرتها الثانية أن الالتزام في هذه الحالة الأخيرة ينتج أثره من يوم إبرام العقد . ويقول جوجلار أن المشرع استمر هذه التسوية من القانون الروماني . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٣ .

(٢) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموانبيير بند ٣٩١ ، مارتي وريغو بند ٧٤٥ وهما يرون في حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٨١ سابقة الإشارة : ما يعنى أن المشرع يواجه بها في الحقيقة التزاماً بسيطاً لا موصوفاً .

فإذا كانت الواقعة مؤكدة للوقوع في المستقبل كانت أجلاً لا شرطاً ، حتى ولو كان وقت وقوعها غير معروف كالوفاة ، إنما ليس ما يمنع أن تعتبر الوفاة شرطاً إذا علق الالتزام على وقوعها في فترة معينة فنكون - خلال هذه الفترة - أمراً احتمالياً . وهو ما يحدث كثيراً في مجال التأمين . فقد تتفق الشركة على تأمين حياة شخص خلال سفيرة معينة فإن مات خلالها استحق المستفيد مبلغ التأمين وإلا فلا يجوز مطالبة الشركة بالعوض إن وصل سالمًا . وعندئذ يكون التزام الشركة قد علق على أمر مستقبل غير محقق الوقوع هو الوفاة في مدة معينة .

٢٤٠- غير أن احتمال التحقق ، يتنافى كذلك مع استحالة . فإذا كانت الواقعة المستقبلية مستحيلة الوقوع فلا تصلح أن تكون شرطاً ، سواء كانت هذه الاستحالة مادية أو قانونية . ومثال الأولى أن أعدك بمبلغ إذا استطعت أن تكتب رسالة على صفحة الماء . ومثال الثانية أن أتعهد لك بمبلغ معين إذا استطعت أن نطعن في حكم لا يجيز للقانون الطعن فيه .

٢٤١- على أن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المطلقة ، أي التي تقوم بالنسبة للكافة ^(١) . إنما يظل للتعليل ممكناً إذا كانت الواقعة مستحيلة استحالة نسبية ما دام أن هذا النوع من الاستحالة لا ينفي إمكان تحقيق الواقعة من شخص غير من استحالت في مواجهته . ومثال ذلك أن

(١) راجع عكس ذلك ، وأن الاستحالة « يجب أن تقدر - في الواقع - بالنظر إلى إمكانيات الطرف المعنى (يقصد الدائن) » ، متارك بند ١٨٢٦ . كذلك يرى البعض أن الشرط يكون مستحيلًا ماديًا ، ليس فقط في حالة الاستحالة المطلقة ، وإنما أيضاً إذا كان تحققه يفترض ظروفاً غير عادية أو يتطلب اتخاذ وسائل خارقة للعادة . أما الشرط مجرد صعب التحقيق فإنه لا يكون في حكم المستحيل . في هذا المعنى : مارتى وريينو . بند ٧٤٨ .

أعدك بمكافأة إذا قمت بتكبير إحدى الصور ثم يتبين أنك لست رساما . عندئذ يكون التزامي في مواجهةك معلقا على شرط واقف لأنه في الواقع معلق على أمر مستقبل محتمل الوقوع . وكونك أنت بالذات لا تستطيع تحقيق الشرط لا ينفي عنه أنه في ذاته أمر محتمل للتحقيق .

٢٤٢- ومن ناحية أخرى فإن المقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة المعاصرة لوقت تعليق الالتزام على الشرط . فإذا كان الشرط ممكن التحقيق وقت التعليق ثم أصبح مستحيلا بعد ذلك فإنه يكون صحيحاً وكل ما يترتب على الاستحالة الطارئة هو تخلف الشرط .

٢٤٣- كذلك يتنافى مع عدم تحقق الوقوع أن يكون تحقق الشرط رهنا بمحض إرادة المدين . وفي هذا الصدد نقضى المادة ٢٦٧ منى بأنه « لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم » .

وإيضاح هذه الفكرة يقتضى التمييز بين أنواع ثلاثة من الشروط من حيث تعلقها بالإرادة على النحو التالي :

(أ) الشرط الاحتمالي :

٢٤٤- وهو الأمر المرهون بتحقيقه بالمصادفات وحدها دون أن يكون لإرادة أحد العاقدين أى دخل في تحقيقه ^(١) . كما لو تعهد شخص لآخر بجائزة مالية إذا فاز فريق رياضي معين بمسابقة للدورى للعام . والشرط الاحتمالي هو الصورة لايمونجية للتعليق على الشرط ، ما دام أنه يعلق وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط للفاسخ) على

(١) أنظر من تطبيقات القضاء ، لهذا النوع من الشرط : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ للمجموعة لسنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٣٣ .

واقعة مستقبلية يكون أدب تحققها رهن للصدقة وحدها .

(ب) الشرط المختلط :

٢٤٥- وفيه يكون لإرادة أحد العاقدين دخل فى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام . ولكن هذه الإرادة لا تستأثر وحدها بإمكانية هذا التحقيق ، وإنما تشاركها فيه إرادة شخص ثالث . كما لو تعهد شخص لآخر ببيع معين إذا استطاع أن يكون مع أحد الفنانين ثانيا غنائياً . ونظرا الواقعة للمعلق عليها الالتزام فى هذه الحالة أمرا غير محقق الوقوع ما دام أن هناك إرادة أخرى لابد وأن تشارك إرادة العاقد فى تحقيقها . ومن ثم يكون التعليق على الشرط المختلط صحيحاً : واقفاً كان أم فاسخاً .

(ج) الشرط الإرادى ^(١) :

٢٤٦- وفيه تستقل إرادة أحد العاقدين بإمكانية تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام دون أن تنقيد بإرادة أخرى . وهو على نوعين :

١- شرط إرادى بسيط ، وفيه تكون الإرادة - وهى فى سبيلها إلى تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام - مقترنة بعمل يتوقف على الظروف والملابسات : كأن أهيك مبلغاً معيناً إذا تزوجت . بالزواج هنا - والفرص أننى لم أحدد شخص من يجب أن يتم الزواج بها - أمر تستقل إرادتك وحدك بإمكان تحقيقه ، ولكنه يرتبط بظروف وملابسات معينة تجعل منه فى الواقع أمراً غير محقق الوقوع . ومن ثم يصلح الشرط الإرادى البسيط لتعليق الالتزام

(١) راجع فى هذا النوع من الشرط :

H . MAZEAUD : Obligation conditionnelles . Condition Potes tative . Rev trim 1939 P . 225 No . 70 .

عليه ^(١) : واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ، متعلقا بإرادة الدائن أم بإرادة المدين .

٢- شرط إرادى محض : وفيه يكفى لتحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام مجرد تعبير عن الإرادة ، فيكون وجود الالتزام (فى الشرط الواقف) أو زواله (فى الشرط للفاسخ) وهنا بمحض مشيئة أحد العاقلين . فإذا كان رهنا بمشيئة الدائن كان الشرط صحيحا ، واقفا كان أم فاسخا . لأن معنى الشرط فى هذه الحالة أن المدين : إما قد أمر نفسه بأن يلتزم مستقبيا أمر نشوء هذا الالتزام على إبداء الدائن لرغبته فى هذا المعنى (فى حالة الشرط الواقف) ، أو أنه قد التزم بالفعل مستقبيا مصير هذا الالتزام فى يد الدائن (فى حالة الشرط للفاسخ) . ومثال الحالة الأولى ، أن أتعهد ببيع منزلى لك إذا أردت أنت ، ومثال الثانية أن أؤجر منزلى لك على أن يتفسخ العقد إذا أردت أنت .

أما إذا كن رهنا بمشيئة المدين ، تعينت التفرقة : فإذا كان هذا الشرط فاسخا ، كان صحيحا لأن معناه أن المدين قد التزم بالفعل وإنما استبقى مصير هذا الالتزام فى يده هو . كما لو أجرت لك منزلى على أن يكون لى فسخ العقد حين أريد . هنا كان واقفا ، فإنه يقع باطلا ولا ينشأ الالتزام الذى علق عليه ^(٢) ، لأن حقيقة الأمر فى هذه الحالة أن الرابطة القانونية لم تنشأ ، لأن المدين قد علق نشوءها على محض رغبته

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨٢٢ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى ، أنظر نقض (اجماعى) ١٩٦١/١١/٩ (د . ١٩٦٢ م ٨٤) .

(٢) انظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الفرض . نقض (تجارى) ١٩٨٢/٩/٢٣ (د . ١٩٨٣ - أ . ر . ١٢) . ونقص ١٩٨٢/١/١٩ (د . ١٩٨٢ - ٤٥٧ وتعليق لاروميه) ، وفيه أكدت حكم الاستئناف الذى قضى بأن شروط هذا الفرض لم تكن متوافرة فى الدعوى .

هو فلا تكون الإرادة جادة في القصد إلى الالتزام^(١) . ولذلك تقضى المادة ٢٦٧ في هذا الشأن بأنه « لا يكون الالتزام قائماً . إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم »^(٢) .

٣- وغير مختلف للنظام العام والآداب (م ٢٦٦) :

٢٤٧- ويجب أخيراً - أن يكون للشرط أمراً مشروعاً^(٣) . ونقصه بعدم مشروعية الشرط أن يكون للغرض من تحقيق الواقعة المعلق عليها الالتزام غير مشروع ، وذلك بصرف النظر عن الواقعة في حد ذاتها^(٤)،^(٥) . فإذا كان هذا للغرض مشروعاً ، صح الشرط ولو كانت

(١) في هذا المعنى أيضاً : متارك بند ١٨٢٠ ، كاريوبيه بند ٦٢ ص ٢٠٤ ، مارتى ورينو بند ٧٥٠ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبيير بند ٣٩٣ .

(٢) وبما قرأ هذه المادة في القانون الفرنسي مادة ١١٧٤ مدني ، وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذا النص : استئناف باريس ١٩٥٣/١٢/٢٢ (د . ١٩٥٤ - ص ٤٨) ، باريس الابتدائية (الاستئنافية) ١٩٧٠/٧/٢ (ج . ك . ب ١٩٧١ - ٤ - ١٠٩) .

(٣) راجع - مع ذلك - د . جميل الشرفاوي (بند ٥٢ ص ١٧٤ ، ١٧٥) ، الذي يرى أنه من غير المتصور - والشرط كوصف للالتزام يجب أن يكون عنصراً عرضياً فيه - أن يصف بالمشروعية أو عدم المشروعية لأن هذه أو تلك هي « صفة لا تثبت إلا للغاية التي يهدف إليها شخص من الأشخاص » . وهكذا يرى أن إشارة المادة ٢٦٦ إلى عدم مشروعية الشرط « تقوم على خلط بين الشرط بمعنى الوصف والشرط كجزء من محتوى لتصرف القانوني » .

(٤) في هذا المعنى : د . أنور سلطان بند ٢٣٧ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٤٠ ، د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

وتبعاً لذلك يستخلص بعض الشراح : أن الشروط غير المشروعة تكون بالضرورة شروطاً إرادية لاياً ترمى دائماً إلى إحداث الشخص على اتخاذ عمل معين غير مشروع ، فيما أن الشروط 'احتمالية لا يمكن أن تكون شروطاً غير مشروعة ، ما دام أن حدوث الواقعة في المستقبل أو عدم حدوثها ، لا علاقة له بإرادة أي من الطرفين . أنظر : كولان وكابيتان ودى لاموراندبيير بد ٣٩٥ .

(٥) ويرى بعض الشراح أن شرط عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج ، وإن =

الواقعة في ذاتها أمراً غير مشروع . كما لو علقت فسخ بيع منزلي لك على إيذائك لجارك . فالإيذاء فعل غير مشروع في ذاته ، ولكن الغرض من الشرط هو حملك على عدم الإيذاء ، فهو أمر مشروع ، وبالتالي يصح الشرط . أما إذا كان الغرض غير مشروع فإن الشرط يبطل ولو كانت الواقعة في ذاتها أمراً مشروعاً : كما لو علقت فسخ عقد إيجار إحدى شقق منزلي لك ، على عدم إيذائك للجار المقابل لحمله على إخلاء شقته . فمع أن الواقعة المعلق عليها الشرط وهي عدم الإيذاء واقعة مشروعة في ذاتها إلا أن القصد من اشتراطها في هذا المثال كشرط فاسخ يكون حمل المستأجر على إيذاء الجار فهو قصد غير مشروع ومن ثم يبطل الشرط .

٢٤٨- ويبقى في هذا الصدد التساؤل عن مصير الالتزام ذاته ، إذا بطل الشرط المعلن عليه لعدم مشروعيته . هل يقتصر البطلان على هذا الأخير وحده أم يمتد بدوره إلى الالتزام . وهو ما يصدق أيضاً على تعليق الالتزام على شرط مستحيل .

إذا كان الشرط واقفاً فإن معنى ذلك أن المدين قد علق التزامه على وجوب تحقيق واقعة غير مشروعة ، فيكون باعته الدافع إلى الالتزام في هذه الحالة هو ذلك الأمر غير المشروع . وبالتالي فإن بطلان الشرط سوف يستتبع بالضرورة بطلان الالتزام ، ما دام يشترط في هذا الأخير أن يجد الباعث الدافع إليه في أمر مشروع .

أما إذا كان الشرط فاسخاً فإنه بموجب المادة ١/٢٦٦ مدني ، « هو نفسه الذي يعتبر غير قائم » . ومعنى ذلك أنه هو الذي يبطل وحده ويبقى

= كان شرطاً غير مشروع في الأصل بحسبانه يهدر حرية من حريات الفرد الأساسية ، إلا أنه يمكن - استثناءً - أن يكون شرطاً مشروعاً ، كما لو كان المشترط عليه شخصاً طاعن في السن ، حيث يقصد بالشرط في هذه الحالة تجنيبه اندفاعاً وراء الأهواء خطيراً عليه . أنظر ستارك بند ١٨٢٧ .

الالتزام ^(١) . ويجد هذا الحكم تفسيره عند البعض في أن الالتزام في هذه الحالة يعتبر قد قام منذ البداية باتاً غير معلق « ما دام أن الواقعة المستقبلية التي تهدد بزواله بعد قيامه ونفاذه هي أمر غير مشروع لا ينبغي قانوناً أن يتحقق » ^(٢) .

غير أن المشرع عاد فاستدرك بالفقرة الثانية من نفس النص حالة ما إذا تبين أن الواقعة المعلق عليها زوال الالتزام كانت من الأهمية في قصد الملتزم حتى أنها كانت باعته للدافع إلى الالتزام ، فعندئذ يعتبر الالتزام نفسه غير قائم . بما يعنى أن المشرع في مجال الشرط للفاسخ قد فرق بين شرط ثانوى وشرط مهم ، وقصر بطلان الالتزام على عدم مشروعية الثانى وحده باعتباره - دون الأول - هو السبب للدافع للالتزام . ونرى - مع بعض الشراح أن هذا التمييز منقذ ^(٣) . إذ لا يسوغ - من ناحية - وصف الشرط بأنه ثانوى لا يؤثر على الالتزام وقد ارتقى في قصد الملتزم إلى حد جعله سبباً لزوال الالتزام ^(٤) كما أنه من غير المنطقي - من ناحية أخرى - أن نعتبر الشرط في الحالة الثانية هو السبب للدافع إلى الالتزام حين أن الملتزم قد علق عليه زوال هذا الالتزام لا إنشاءه ^(٥) والأكثر منطقية أن يقال بأن اشتراط أمر غير مشروع يعلق للملتزم على تحققه زوال للترامه يجعل هذا الالتزام نفسه ، وليس الشرط المعلق عليه ، مبنياً على باعث دافع غير

(١) أنظر في تطبيق لذلك : نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ للمجموعة لسنة ٢٩ رقم ٢١٨

ص ١١١٢ .

(٢) أنظر د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٥٣ ، وفي نفس المعنى

د . السنهوري ج ٣ بند ٢١ .

(٣) أنظر د . أنور سلطان بند ٢٣٧ ، د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

(٤) في هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

(٥) في هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٣ .

مشروع . ومتى كان ذلك فإنه يجب - فى كل الأحوال - أن يترتب على بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته بطلان التصرف وعدم قيام الالتزام^(١) . وهى نفس الحكم المقرر فى حالة الشرط الواقف كما سبق أن ذكرنا ، لأن الالتزام إذا علق على شرط غير مشروع ، واقفا كان هذا الشرط أم فاسخا ، إنما يكون باعته الدافع فى الحالتين هو أمر غير مشروع بما يجعل منه التزاماً باطلاً^(٢) .

(١) فى هذا المعنى أيضاً د . إسماعيل غنم ، الإشارة السابقة .
(٢) وفى فرنسا : نقضى المادة ١١٧٢ مدنى بأن كل شرط مستحيل أو مخالف للأداب أو محظور قانوناً ، يكون باطلاً ، ويؤدى إلى بطلان الاتفاق المعلق عليه . (أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص : استئناف أجيّز ١٦/٦/١٩٦١ « د . ١٩٦١ - ٥٧٢ » . فيما تنص المادة ٩٠٠ - فى خصوص التبرعات (الهبات والوصايا) - البطلان فى هذه الأحوال ، على الشرط وحده دون التصرف الذى يتضمنه . ويشير سكارك (بند ١٨٢٨) إلى أن الحل المقرر بالمادة الأخير يستند إلى اعتبارات تاريخية .

لكن القضاء الفرنسى لم يتبع ، فى الواقع ، هذه التفرقة : فمن ناحية قضى ببطلان التبرعات - تأسيساً على المادة ١١٣١ مدنى - إذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للأداب التى علقت عليه ، قد لعب دوراً رئيسياً فى نشأتها لأنه كان هو الباعث الدافع إلى التبرع (أنظر مثلاً : نقض (عرائض) ١٩٠٩/١/٥ د . ١٩١٣-٥-٣٥) ، نقض ١٩٢٨/١٢/٢٨ د . ١٩٣٩ - ١٣٢) وبالمقابلة ، بدا له من المبالغ فيه إبطال عقد المعارضة بأكمله إذا كان الشرط المستحيل أو المخالف للقانون أو للأخلاق ، شرطاً ثانوياً لم يكن هو الباعث للدافع إلى الالتزام . وقصر - من ثم - أثر البطلان على الشرط وحده (أنظر مثلاً : نقض ١٩٢٣/١١/٢١ د . ١٩٣٣ - ١٩ ، السنين المدنية ١٩٤٧/١٢/٢٠ (ج - ب ١٩٤٨ - ١ - ٥٦ ر . ت ١٩٤٨ - ٣٣٢ وتعليق هنرى وليون مازو) . أنظر فى تأكيد هذا الحل كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣٩٥) وهكذا وصل تقريباً إلى ما يشبه الحكم فى القانون المصرى .

الآثار التي تترتب على الشرط (١)

يرتّب الشرط - في أثناء فترة التعليق وقبل أن يعرف مصيره - أثارا تختلف عما يرتبه بعد انتهاء التعليق وتبين مصيره ، تحقفاً أم تخلفاً .

أولاً : آثار الشرط في فترة التعليق :

(أ) في حالة الشرط الواقف :

٢٤٩- إذا كان الشرط وافقاً كان للدائن - في فترة التعليق - حق في مواجهة المدين وليس مجرد أمل (٢) ، ما دلم أن المدين لا يمكنه قبل أن يبين مصير الشرط أن ينحلل مما وعد به للدائن .

ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون « للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه » (م ٢٦٨ مدني) كقيد الرهن أو تسجيل العقد . كما أن هذا الحق يقبل للخلافة العامة والخاصة . وهو يخول صاحبه أيضاً أن يباشر من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما لا يستلزم أن

(١) أنظر في هذا الشأن ، مقال ليونز ، المجلة الانتقادية ١٩١٢ سابق الإشارة

(٢) وتعبيراً عن مركز الدائن أثناء فترة التعليق يقول د . إسماعيل غانم ، أنه وإن « لم يكتسب الحق الذي تعهد به المدين بعد ، إلا أن له حقاً مكتسباً في أن يوجد الالتزام إذا ما تحققت الواقعة المشروطة » . بند ١٤٥ ، كذلك جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف هو من الحقوق التي ينظمها القانون ويحميها . نقض ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السنة ١٧ (عدد ٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ . وأنظر عكس ذلك ، وأن للدائن تحت شرط واقف ليس له إلا مجرد أمل :

PT. ANIOL (M), RIPERT (G) et BOUILL. ANGERS (J) : Tr élé de droit . Civil . T . 3 éd . 1949 N . 1358 .

وإن كانوا يقولون ، في نفس الوقت ، أن الدائن هنا يملك « شيئاً » يجب الاعتداد به ، هو الأمل في أن يكون يوماً ما دلتنا . ويرون في هذا الأمل مما ينظمه القانون ويحميه . أنظر في التعليق على هذا الرأي . د . السبيوري ح ٣ ص ٢٩ هامش ١ .

يكون حق الدائن مستحق الأداء كدعوى الصورية . غير أن هذا الحق من ناحية أخرى - والواقعة المستقبلية التي علق عليها قد لا تتحقق - لا يدعو أن يكون حقا محتملا ^(١) غير مؤكد . ويتفرع عن ذلك : أنه من ناحية لا يقبل التنفيذ الجبري ^(٢) ، لا بشكل مباشر (كأن يطالب الدائن به قضاء) ولا

(١) في هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٤٥ . وقارن د . السنهوري ج ٣ بند ٢٩ الذي يجعل للحق الاحتمالي مرتبة في الوجود والنفاذ أدنى من مرتبة الحق المعلق على شرط واقف ، حيث الأول لا وجود له ويحتمل الوجود ، أي أنه معدوم على خطر الوجود ، فيما أن الثاني موجود فعلا ولكنه غير كامل الوجود . وانظر بوجه عام في تفاصيل مراتب الحق من حيث الوجود والنفاذ ، نفس للموضع من نفس المؤلف .

وفي فرنسا : يرى البعض أن الدائن في هذه الفترة حقا محتملا ، يحتل منطقة وسطا بين مجرد الأمل (الذي لا يعتبره حقا) والحق المحض المجرد . ويقصد بالأمل هنا ، أمل الدائن في أن يرى يوما الشرط الواقف وقد تحقق ومن ثم نشأ الالتزام . كما يصف هذا الحق الاحتمالي بأنه حق ضعيف جدا ، أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٩ ، ١٠٣٢ ، ويرى البعض الآخر ، أن الدائن في هذه الفترة حقا مؤكدا لكن الميزات التي تنتج عنه ميزات محدودة أنظر متارك بند ١٨٣٤ ، وعلى حد تعبير بعض ثالث ، تكون « بذرة Le germe » الحق موضوعة في هذه الفترة ، أنظر كاريونيه بند ٦٣ ص ٢٠٧ ، كولان وكابيتان ودي لامورلنديير بند ٣٩٧ ، ويقترب من نفس المعنى : جوسران بند ٧٤٠ ، ويتوقف ملرتي ورينو ، مسلمين بأن الدائن في هذه الفترة حقا مما يصعب تحديد طبيعته ، بند ٧٥٤ ، ولكنهما مع ذلك لا يرون فيه مجرد حق احتمالي . وانظر في الحق الاحتمالي ، بوجه عام ، مرافعة فابر أمام محكمة باريس الابتدائية (الاستئنافية) في ١٩٦٨/٧/٣ (ج .ك .ب .ب ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٥٩٦) .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه بالنظر إلى أن الالتزام في فترة التعليق يكون موجودا ولكن وجوده ليس مؤكدا ، فإنه لا يجوز للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط . ورتبت على ذلك أن دعوى صحة التعاقد التي يرفعها الدائن قبل تحقق الشرط تكون قد رفعت « قبل أوانها » ، ما دام أن موضوع هذه الدعوى لا يقتصر على صحة العقد « بل يتناول -

بشكل غير مباشر (كأن يقاضى به ديناً عليه للمدين) . كما أن الدائن لا يستطيع كذلك أن يرفع من دعاوى المحافظة على الضمان العام ما يستلزم أن يكون الحق مؤكداً كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . كما أنه أيضا لا يقبل التنفيذ الاختياري ، ومن ثم فإذا أوفاه المدين جاهلا قيام الشرط كان له استرداد ما أوفاه . غير أن التزلم المدين به لا يسقط بالتقادم المسقط طيلة ما بقى التعليق قائما ما دام أن التقادم لن يبدأ سريانه إلا من وقت تحقق الشرط ^(١) .

(ب) فى حالة الشرط للفاسخ :

٢٥٠- إذا كان الشرط فاسخا كان للدائن حق موجود ونافذ ، ولكنه مهدد بالزوال فى المستقبل إن تحققت الواقعة للمعلق عليها زوال الالتزام ^(٢) . ويتفرع على وجود هذا الحق : أن يكون لصاحبه - طيلة فترة التعليق - كل حقوق الدائن بالتزام بسيط منجز ، من حيث إمكان المطالبة به جبرا ، وصحة الوفاء به لاختيارا ، وصحة الاستناد إليه فى رفع دعاوى المحافظة على الضمان العام جميعا . كما يسرى التقادم المسقط فى شأنه من وقت قيامه . أما من حيث إمكان التمسك بالمقاصة فالبعض لا يجيزها بين حق من هذا النوع محتمل الزوال وبين دين بسيط على

= تنفيذه أيضا ، اعتبارا بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢٠٠ مدنى . نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ .

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٧٢/٢/٢٩ للمجموعة السنة ٢٣ (عدد ١) رقم ٤١ ص ٢٦١ .

(٢) أنظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٥ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص

. ١١١٢

الدائن لمدينه^(١)، حين يرى البعض الآخر جواز المقاصة بهذا الحق على أن يكون مصير المقاصة نفسها رهنا بتحقق للشرط الفاسخ . حيث يترتب على هذا التحقق زوال المقاصة بأثر رجعي^(٢) .

ويتفرع على احتمال زوال حق الدائن ، أن للتصرفات التي يبائسرها عليه خلال هذه الفترة تقع مرهونة بمصيره وتكون من ثم عرضة للزوال .

ثانيا : آثار الشرط بعد تبين مصيره :

مدلول تحقق الشرط ، ومدلول تخلفه :

٢٥١- يبين مصير الالتزام إذا انتهت فترة التعليق ، بتحقيق الشرط أو بتخلفه . ويجب - حتى يمكن القول بأن الشرط قد تحقق أن تكون الواقعة التي علق عليها الالتزام قد تحققت بالفعل ، وعلى النحو ، وفي المدة التي اتفق عليها الطرفان إن كانا قد حددا شروطاً لتحقيق الواقعة ، أو ضربا زمتنا معيناً يجب أن تتحقق فيه^{(٣)،(٤)} .

(١) من هذا الاتجاه : د . المنهوى ج ٣ ص ٤٥ هلمش ١ ، د . أبو ستيت بند ٦٨٥ ، سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٥١ ، د . محمود جمال الدين زكي بند ٤٥٥ .
(٢) من هذا الاتجاه : د . أنور سلطان بند ٢٤٠ ، د . إسماعيل غانم بند ١٤٦ وهامش ٢ من ص ٢٩٧ ، د . البدرأوى بند ٢٢٧ ، ويؤيده ضمنا د . شمس الدين الوكيل بند ٢٣٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ١٤٤ ، د . جميل الشرفاوى بند ٥٣ ، ستارك بند ١٨٣٣ .

(٣) وقد قضى - في فرنسا - بأنه في حالة ما إذا لم يكن الطرفان قد حددا مدة يجب أن يتحقق الشرط فيها ، فإن مرور وقت طويل دون تحقق هذا الشرط يمكن معه أن يعتبر هذا الأخير قد تخلف . أنظر استئناف مونيبييه ١٩٤٨/٦/٢٣ (د . ١٩٤٨-٥٤٣) . وفي هذه الدعوى كان الشرط هو الحصول على ترخيص إداري ، وفيها قضت المحكمة بأن الطرفين في هذه الحالة يعتبران قد اتفقا ضمنا على مهلة . وللمحكمة استخلاص هذه المهلة .

(٤) فإذا تحقق الشرط في المدة المحددة ، رتب الالتزام أثره (من يوم إبرام =

وإذا كان الشرط سلبيا ^(١) - بمعنى أن الالتزام علق على شرط عدم وقوع أمر ما في المستقبل - وكان محددا بوقت معين ، فإنه يتحقق بدهاءة - إذا انقضى هذا الوقت دون أن يقع هذا الأمر . وهو « يتحقق كذلك قبل انقضاء هذا الوقت ، إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع » ^(٢) . أما إذا لم يكسر محددا بوقت « فإن للشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر ، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمراً يبلغ حد اليقين . وتقدير ذلك ، بأدلة تبرره عقلا ، مما يدخل في سلطة قاضى الموضوع » ^(٣) .

٢٥٢- ويتصور - عملا - أن يكون الالتزام معلقا على شرطين ، وفى هذه الحالة ، فإنه يلزم لوجوب تنفيذه أن يتحققا معا ، ومن ثم فإنه يكفى للقول بعدم وجوب هذا للتنفيذ تخلف أى منهما ^(٤) .

٢٥٣- غير أن الشرط يعتبر قد تحقق حكما ^(٥) . ولو تخلف فعلا إذا

« العقد كما منرى) ولو كالم الدائى به قد توفى خلال فترة التعليق ، حيث ينتقل الحق فيه إلى ورثته . وعلى ذلك صراحة نص المادة ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(١) أنظر فى تقسيم الشرط إلى ايجابى وسلبى ، وملول كل منهما : كولان وكابنلى ودى لامورانتير بند ٣٩٤ .

(٢) أنظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٣٨ .

(٣) أنظر نقض مصرى ١٩٧٦/٣/٣١ المجموعة السنة ٢٧ رقم ١٦١ ص ٨٣٨ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/١٤ المجموعة السنة ١٧

« ع/٣ » رقم ١٨٨ ص ١٣٥٩ ، وقد جاء فيه أن الحكم المطعون فيه ، إذ استند « فى استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحد الشرطين ، كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه فى هذا الخصوص ، ويكون غير منتج النعى عليه بأنه اعتمد على تخلف الشرط الآخر الذى لم يؤذن بإثباته » .

(٥) هذا وليس الدائن بالالتزام الشرطى هو الذى يقع عليه - فى هذه الحالة -

كان من له المصلحة في تخلفه هو الذى حال دون هذا التحقق بخطأ منه ^(١) .
ومثاله في الشرط الواقف أن يعد شخص شخصاً آخر بمبلغ من المال إذا
نجح في الامتحان ثم يعوقه عن دخول هذا الامتحان . عندئذ يكون الواعد ،
وهو من له مصلحة في تخلف الشرط الواقف ، هو الذى حال دون تحقق هذا
الشرط بخطأ منه ، فيعتبر للشرط قد تحقق مع أنه في الواقع قد تخلف .
ومثاله في الشرط للفاسخ أن يؤجر شخص شقة لآخر على أن يفسخ الإيجار
إذا تزوج ابن المؤجر فيعمد المستأجر إلى قتل هذا الابن . ويمكن تخريج هذا
الحل على أساس من أن الخطأ المتمثل في الحيلولة دون تحقق الشرط يستتبع
إلزام المخطئ بالتعويض . وخير تعويض في هذه الحالة هو اعتبار الشرط
قد تحقق ضده ^(٢) .

٢٥٤- ويعتبر الشرط قد تخلف حكماً ولو تحقق فعلاً إذا كان صاحب
المصلحة في تحققه قد حققه (أى حال دون تخلفه) بخطأ منه . ومثاله في
الشرط الواقف أن تتعهد شركة تأمين بدفع مبلغ للمستأمن إذا احترقت
منشأته ، فيعمد هذا الأخير إلى إحراقها . ومثاله في الشرط الفاسخ أن يؤجر
شخص سيارة لآخر على أن يفسخ الإيجار إذا أعطيت سيارة شقيقه فيعمد
المؤجر إلى إعطاب سيارة هذا الأخير .

= عبء إثبات أن الشرط كان سيتحقق لولا أن حال المدين دون تحققه ، إنما المدين هو
الذى له - إذا أمكنه - أن يقدم الدليل على أن الشرط ما كان سيتحقق حتى ولو لم يكن قد
حال - بفعله - دون تحققه . أنظر في هذا المعنى : مارنى ورينو بند ٧٥٦ .

(١) أنظر من تطبيقات القضاء : نقض مصرى ١٩٦٦/٦/٧ المجموعة السلة ١٧
(ع/٣) رقم ١٨٢ ص ١٣٢٣ ، وفي فرنسا : استئناف تولوز ١٩٦٠/١٠/١٩
(د. ١٩٦٢ - ٩٦ وتطبيق برو) ، استئناف باريس ١٩٦٢/٣/١٣ (د. ١٩٦٢ - ٤٥٨) .

(٢) في هذا المعنى : مارنى ورينو بند ٧٥٦ .

هذا وليس يلزم لاعتبار الشرط قد تحقق أو تخلف حكماً ، على التندبد السابق ، أن يصل خطأ للمدين في هذا الشأن إلى درجة العمد أو الغش ^(١) ، حين لا يكفى - بالمقابلة - أن يكون مجرد عمله هو الذى حال دون تحقق الشرط أو تخلفه من غير أن ينطوى (أى هذا العمل) على خطأ ^(٢)، ^(٣) .

أثر تحقق الشرط ، وأثر تخلفه :

٢٥٥- ويبقى - بعد تحديد مدلول تحقق الشرط ومدلول تخلفه - أن نعرض لآثار الشرط بعد تحققه أو تخلفه : مفرقين في كل فرص . بين ما إذا كان الشرط واقفاً أم فاسحاً .

أ- تخلف الشرط :

٢٥٦- إذا كان الشرط واقفاً وتخلف ، ترتب على ذلك انعدام احتمال تحقق الالتزام الذى كان معلقاً عليه ، فيزول ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية . (لأن للشرط في تحققه أو تخلفه أثراً رجعياً كما سنرى) . ويتفرع على ذلك زوال التصرفات التى يكون للدائن قد باشرها بالاستناد إلى حقه المحتمل أثناء فترة التعليق . كما يسقط ما يكون قد اتخذه من إجراءات للحفاظ على هذا الحق في نفس الفترة .

٢٥٧- أما إذا كان الشرط فاسحاً وتخلف ، فإن معنى تخلفه أن الواقعة التى كانت تهدده بالزوال قد تأكد أنها لن تتحقق فيتأبد الحق نهائياً وتتأبد بالتالى جميع التصرفات التى باشرها للدائن عليه في أثناء فترة التعليق .

(١) كما لا يلزم أن يكون هذا الخطأ ثابتاً ، إذ يمكن ، في هذا الشأن ، أن يكون مجرد خطأ مفترض . أنظر في هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٤٦/٥ (د . ١٩٤٦ - ٤٠٣ وتعليق H.L.) .

(٢) في هذا المعنى : ملرقى وربنو بند ٧٥٦ ، د . السنهوري ج ٣ بند ٣٧ .

(٣) كما لو كان المدين بعمله هذا - مثلاً - يستعمل حقاً له . أنظر في هذا المعنى : محكمة السين المدنية ١٩٣٣/٥/١٥ (د . ١٩٣٣ - ٣٧٤) .

ب- تحقق الشرط :

٢٥٨- إذا كان الشرط واقفا وتحقق تأكد وجود الالتزام ، وأصبح حق الدائن الذي كان محرد محتمل خلال فترة التعليق ، حقا نافذا ومستحق الأداء . ومن ثم يصبح صالحا لترتيب جميع الآثار التي يرتبها الالتزام البسيط ، وذلك منذ نشأة هذا الالتزام . ونقربا على ذلك فإنه إذا ما كان الشرط الواقف قد ورد - بالفرض - في عقد ملزم للجانبين ، وكان الدائن صاحب الحق المعلق على الشرط قد بادر باختياره ومتحملا مخاطر هذه المبادرة إلى تنفيذ جانب مما يلتزم به في هذا العقد ، قيل تحقق الشرط ، ثم أكرهه هذا التحقق ، فإن حقه في مقابل هذا الالتزام الذي نفذ يصبح مؤكدا ، ونعني على التمهيد أن يفى به له ^(١) .

كذلك يبدأ سريان التقادم في شأن هذا الالتزام ولكن منذ تحقق الشرط ، كما سنرى فيما بعد .

٢٥٩- أما إذا كان الشرط فاسخا وتحقق ، أصبح زوال الالتزام الذي كان أثناء فترة التعليق مجرد احتمال ، أمرا محققا . ويعتبر حق الدائن وكأنه

(١) وفي هذا الخصوص ، طرح على القضاء الفرنسي دعوى تتعلق بعقد مقالة ، كان التزام رب العمل فيه ، معلقا على شرط حصوله على قرض يمكنه من دفع تكاليف الأعمال . حيث بادر المقاول ، في هذا العقد ، إلى تنفيذ جانب من مشروع الأعمال قبل أن يتحقق هذا الشرط ، ثم حصل رب العمل على القرض ، في الوقت الذي عدل فيه عن فكرة تنفيذ هذا المشروع ، فطالبه المقاول بدفع تكاليف الأعمال التي سبق أن نفذها . قضت محكمة النقض الفرنسية ، بأن محكمة الاستئناف التي رفضت طلب المقاول تأسيسا على أن التزامات الطرفين كانت قد نشأت فقط من تساريخ الحصول على القرض ، وأن المقاول لم يكن من حقه أن يبدأ في تنفيذ الأعمال إلا بعد هذا التاريخ ، قد جانببت الصواب . لأنها « عندما قضت بهذا الشكل دون أن تبحث ما إذا كان العقد يحظر على المقاول أن يبدأ الأعمال قبل تحقق الشرط ، لم تقدم أساسا قانونيا لحكمها » . انظر : نقض فرنسي ١٩٧٦/٢/١٩ (د . ١٩٧٦ - ١ - ١٥٠) .

لم يوجد أصلاً^(١) . تؤول بالتالي جميع التصرفات التي ينشأ عنها على هذا الحق أثناء فترة التعليق . ولم يستثن المشرع من ذلك سوى أعمال الإدارة التي يكون الدائن قد أجراها خلال فترة التعليق . في هذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط . ويوجد هذا الاستثناء تبريره في أن هذه الأعمال من الضروري القيام بها في الوقت المناسب حتى لا يتعطل استغلال الأموال . على أن هذا الاستثناء مشروط من ناحية بحسن نية الدائن الذي أجراها ومن ناحية أخرى بعدم تجاوز هذه الأعمال للحد المألوف في أعمال الإدارة (والمألوف في مدة الإجازة مثلاً - هو ثلاث سنوات) .
الأثر الرجعي للشرط^{(٢)(٣)}:

٢٦٠- إذا تحقق الشرط أو تخلف فإن تحققه أو تخلفه إنما يستند إلى

(١) وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض المتصرفية ، بأنه إذا تحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه الالتزام في عقد هبة ، زال هذا الالتزام « وجاز للواهب أن يسترد ما وهبه ، ولا يشترط في هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول ، وإنما يكفي تحقق الشرط . كما لا يجوز للموهب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع في الهبة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذاً ما اشتمل عليه » . نقض ١٩٧٨/٣/١٦ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٢ من ٧٧٣ .

(٢) أنظر في هذا الشأن :

JAMBI - MERLIN (R) : Essai sur la rétroactivité dans les actes Juridique . Rev. Trim. 1948 P. 271 . 299 ; GEGOUT : Essai sur la rétroactivité conventionnelle Rev. crit 1931 P. 253 et s. ; CHAUSSE (J) : DE la rétroactivité dans les actes juridiques Rev. Crit. 1900 P. 529 - 547 .

مارتي وريون بند ٧٥٩ ، كولان وكابيتان ودي لاموراندبيرر بند ٤٠٠ ، وراجع في

النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي للشرط للواقف :

LOUSSOUARN (Yvon) : Consequences de la rétroactivité de la condition suspensive . Rev. trim. 1969 P. 564 . No 13 .

(٣) أنظر ، من تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه القاعدة : نقض ١٩٧٦/٢/١٩

(٢ - ١٩٧٦ - أ - ١٥٠) ، نقض ١٩٦٨/١٠/٣ (د - ١٩٦٩ - ٨١ - ر . ت .

١٩٦٩ - ص ٥٦٤ بند ١٣ وتعليق لوسوارن) .

وقد قضى ، في فرنسا ، بأنه في حالة بيع عقار تحت شرط واقف فإن قيمة هذا العقار يجب أن تكون مقدرة بالنظر إلى يوم البيع وليس إلى يوم تحقق الشرط ، وذلك لمعرفة ما إذا كان هذا البيع يقيّد الإبطال بسبب الغش ، أنظر نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ (ح . ك . ب - ١٩٦٧ - ٢ - ١٥٣٠٧) .

الوقت الذى نشأ فيه الالتزام . ويقال عندئذ أن للشرط أثر رجعيًا ^(١) . ويأخذ القانون المدني المصرى بهذه القاعدة كأصل متبعاً فى ذلك مذهب الشرائع الثلاثينية ، ويورد عليها بعض الاستثناءات ، وذلك على العكس من الشرائع الجرمانية التى لا تأخذ بهذه القاعدة ^(٢) كأصل وذلك لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار ^(٣) وإن أجازتها فى بعض الاستثناءات ^(٤) .

٢٦١- ويبرر هذه القاعدة - عادة - على أساس من اعتبارها تفسيراً معقولاً لإرادة المتعاقبين ^(٥) للذين لو كانوا يعلمان منذ البداية أن الواقعة المستقبلية لأنى عتفاً عنهما وجود الالتزام أو زواله سوف تتحقق بشكل مؤكد لما كانوا قد لجأ إلى التعليق على الشرط فى الحالة الأولى ولما اتفقا على إنشاء الالتزام أصلاً فى الحالة

(١) وفى تأصيل هذه القاعدة يرى البعض أنها مجاز أو افتراض قانونى . فى هذا المعنى : جوجولار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، كولان وكابيتان ودى لاموارانديير بند ٣٩٧ ، بودرى لاكلينترى وبارد (أشار إليهما كاريوبييه ص ٢٠٩) ، وفى مصر - إسماعيل غانم بند ١٥٠ ، فيما يرى فيها البعض الآخر مطابقة للحقيقة ، فالحق المشروط يوجد من قبل ، فى حالة كلمنة ، قبل تحقق الشرط . وما حصول الحدث المستقبل إلا تأكيد له : فنظر فى هذا المعنى : كورنى ، تعليق (س ١٩٥١ - ١ - ١٢٧ عمود ١) ، لارومبير (أشار إليه كاريوبييه ص ٢٠٩) .

(٢) كذلك لم يلجأ للرومان إلى مثل هذه الحيلة . أشار لذلك جوجولار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ ، وكاريوبييه بند ٦٣ ص ٢٠٩ .

(٣) ويمثل كاريوبييه لهذه الخطورة ، بفرض المشتري حسن النية الذى يشتري من مالك تحت شرط فاسخ .

(٤) كما أنها تجيز للمتعاقدین اشتراطها صراحة فى العقد ، حين لا ترتب الرجعية فى هذه الحالة أثرها إلا فى علاقة للطرفين ، ودون إضرار بحقوق الغير . أشار لذلك : كولان وكابيتان ودى لاموارانديير بند ٤٠٠ ، جوجولار (دروس مازو) بند ١٠٣٥ .

(٥) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٥٠ .

الثانية^(١) . كما نجد تبريرها للعملى فى حماية الطرف الذى يتحقق الشرط لمصلحته (وهو الدائن فى الشرط الواقف ، والمدين فى الشرط الفاسخ) من آثار التصرفات التى يمكن أن يكون الطرف الآخر قد باسرها على الحق أثناء فترة التعليق ، فلا تنفذ هذه التصرفات فى مواجهته^(٢) .

٢٦٢- غير أن هذه القاعدة كما سبق أن ذكرنا تقبل الاستثناءات

التالية :

١- للطرفين أن يتفقا على استبعاد الأثر الرجعى للشرط . فطالما أن هذه الفكرة فى ذاتها إنما تستند إلى الإرادة للمتحاقدين ، فإنه إذا ما كذبتها إرادتهما الحقيقية وجب التعويل على هذه الأخيرة^(٣) .

٢- كذلك قد تستعصى طبيعة بعض العقود على إعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط . كما فى عقود المدة أو العقود الزمنية . فإذا علق عقد الإيجار - مثلا - على شرط فاسخ ولم يتحقق هذا الشرط إلا بعد مدة معينة تمكن خلالها المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، فلا يمكن فى هذه الحالة أن نجعل لهذا الفسخ أثرا رجعيا طالما أن ما مضى من زمن (على انتفاع المستأجر بالعين) لا يمكن الرجوع فيه .

(١) أنظر عكس ذلك ، وأن هذا التفسير أقرب إلى التخمين ، لأن الطرفين لو كان لديهما فعلا مثل هذه النية لكنا قد أقصا عنها ، أما وقد التزما الصمت - على العكس ، فإن المنطقى أكثر أن يفترض أنهما بتعليقهما الالتزام على واقعة مستقبلية ، قد قصدا أن يرجنا نشأة هذا الالتزام إلى المستقبل . كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤٠٠ .

(٢) فى هذا المعنى د . إسماعيل غانم بند ١٥٠ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الاستثناء : نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ (ج ك . ب ١٩٧١ - ٢ - ١٦٦٧٤ وتعليق مورجيون) ، نقض (عرائض) ١٩٢٥/٢/١٠ (س ١٩٢٥ - ١ - ٦٢) .

٣ - ومقتضى اعتبارات العدالة استبعاد فكرة الأثر الرجعى للشرط ، إذا هلك محل الالتزام بسبب أجنبى أثناء فترة التعليق ، وذلك لوضع هذه التبعة موضعها الذى ينبغى أن يكون . وقد حرص المشرع على تحقيق هذه الاعتبارات حين نصت المادة ٢/٢٧٠ مذكى على أنه « لا يكون للشرط أثر رجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يعد للمدين فيه »^(١) .

ذلك أنه من المعروف أن الشيء يهلك أصلا على مالكه . وهذا ما يسمى بتبعة الشيء . فإذا كان هذا الشيء محلا لعقد بيع فإن تبعة هلكه تكون رهنا بالتسليم ، وهذا ما يسمى بتبعة العقد . ومقتضى إعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط وهى لا تعدو أن تكون مجازا ، أن توضع التبعة فى بعض الفروض موضعها يخالف هذه الأصول .

فإذا انعقد البيع معلقا على شرط واقف وهلك المبيع فى فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن إعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط سوف يؤدى إلى القول بأن البيع قد انعقد منذ البداية باتسا ، وانتقلت بموجبه الملكية للمشتري . فإذا كان هذا الأخير قد تسلم المبيع فى فترة التعليق ، وسر له هلك تحت يده فإنه هو الذى يتحمل تبعة الهلاك باعتباره مشتريا تسلم الشيء وتبدو عدم عدالة هذا الحل - بصفة خاصة - فى القانون الفرنسى الذى يربط تبعة الهلاك فى البيع بانتقال الملكية . ولما كانت هذه الأخيرة تعسر - بإعمال فكرة الأثر الرجعى قد انتقلت للمشتري من وقت البيع فإن المبيع يهلك عليه حتى ولو كان البائع لم يسلّمه إليه بعد . لذلك كان من المفهوم أن يعطل المشرع إعمال فكرة الأثر الرجعى فى هذه الحالة . ومؤدى هذا التعطيل أن الملكية لن تنتقل إلى المشتري إلا منذ تحقق للشرط ، بيد أن

(١) وفى نفس المعنى ، م ١١٨٢ مذكى .

الفرض هو أن محل البيع كان قد هلك قبل ذلك في فترة التعليق وعندئذ لا يكون عقد البيع قد انعقد لانعدام محله ، ولا يكون المبيع قد خرج من ملك البائع ، فلا تنطبق فكرة تبعة العقد وإنما تعود إلى الأصل ، فتكون تبعة هلاك الشيء على مالكة ، وهو البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده .

أما إذا كان البيع قد انعقد معلقا على شرط فاسخ ، وهلك المبيع خلال فترة التعليق ، ثم تحقق الشرط ، فإن مودى إعمال فكرة الأثر الرجعى أن يعتبر البيع كأن لم يكن منذ البداية أو بعبارة أخرى أن الشيء لم يخرج قط من ملكية البائع (مالكة الأصل) فيهلك عليه وفقا للأصل في تبعة هلاك الشيء ، وهو غير عادل ، خاصة إذا كان البائع قد سلم المبيع قبل هلاكه إلى المشتري . لذلك يكون من المفهوم أيضا تعطيل فكرة الأثر الرجعى في هذه الحالة . ويتربط على هذا التعطيل ألا يعتبر البيع قد زال إلا منذ تحقق الشرط . وبعبارة أخرى يعتبر للعقد قائما منذ نشأة الالتزام الشرطى وحتى تحقق الشرط . ولما كان الفرض أن المبيع قد هلك في هذه الفترة أى أثناء قيام العقد فإن قواعد تبعة العقد هى التى يجب أن تطبق وبموجبها سوف ترتبط تبعة الهلاك بالتسليم .

٤- لما كان مبنى فكرة التقادم المسقط أن الدائن يكون بإمكانه أن يطالب بالدين ويقعد عن هذه المطالبة طيلة المدة التى حددها القانون ، بما يجعل من المفهوم مسقوط حقه ، وكان من شأن إعمال فكرة الأثر الرجعى لتحقيق الشرط الواقف أن يعتبر حق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفاق فحاسبه بهذا الشكل على مضى فترة التعليق كلها ، حين أنه كان لا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه خلال هذه الفترة كان من المنطقى أيضا أن يتعطل إعمال فكرة الأثر الرجعى للشرط فى هذه الحالة ، فلا تحتسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط ، بمعنى أن هذا الأخير لا يبدأ فى السريان إلا

منذ تحقق الشرط (١) .

٥- ويضاف إلى كل ما تقدم ما سبق أن ذكرناه بخصوص بقاء أعمال الإدارة التي تصدر من الدلائل تحت شرط فاسخ في فترة التعليق (٢) .

المبحث الثاني

الأجل^(٣)

Le terme

تعريف الأجل وخصائصه :

٢٦٣- ورد تعريف الأجل في المادة ٢٧١ مدنى ، حين قضت بأنه « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع » . ومن هذا المص يمكن تعريف الأجل بأنه أمر مستحل محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . فإذا كان يترتب على حلوله نفاذ الالتزام سمي أجلا واقفا . وإن كان يترتب عليه انقضاء الالتزام سمي أجلا فاسخا .

(١) أنظر نقض مصرى ١٩٦٦/٢/١٠ للمجموعة السنة ١٧ (ع/٢) رقم ٧٧ ص ٥٦٤ ، وفيه رأيت المحكمة ، في ضمن الاستحقاق ، التزاما شرطيا ، يتوقف على نجاح المعارض في دعواه ، ويبدأ توافقه من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بحكم نهائى ، لا من وقت رفع دعوى الاستحقاق .

(٢) راجع فى التعليل من أهمية أو قيمة مثل هذه القاعدة مع وجود هذه الاستثناءات الكثيرة عليها ، د . إسماعيل غنم بند ١٥٢ ، وأنظر أيضا فى نقد الأخذ بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى ، وبخاصة لما فيها من خطورة على مصالح الأغيار ، كولان وكابيتان ودى لاموراندير بند ٤٠٠ .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع : عبدالناصر توفيق العطار ، الأجل فى الالتزام . رسالة القاهرة ١٩٦٤ .

١- الأجل أمر مستقبل :

٢٦٤- وفى هذه الخاصية يشترك الأجل مع الشرط . والأمر المستقبل قد يكون تاريخاً محدداً ، كأن أوجرك منزلى ابتداء من أول يناير ٢٠٠٩ ، أو واقعة مستقبلية قد لا يعرف تاريخ وقوعها بالضبط لكنها لم تحدث بعد ، كأن أتعهد لك فى بداية العام الدراسى بإيجار سيارة لك فى أجازة نصف العام التى لم تكن قد تحدد تاريخها بعد . فإذا كان الالتزام قد أضيف إلى أمر يُعتقد أنه لم يتحقق بعد ، وكان فى الواقع قد تحقق ، فإن الالتزام يكون فى الواقع منجزاً . كما لو تعهد شخص لآخر بإهدائه كتاباً عند ظهور نتيجة الامتحان وتكون النتيجة قد ظهرت من قبل دون أن يعلم .

٢- الأجل أمر محقق الوقوع :

٢٦٥- وهذه الخاصية هى التى تميز الأجل عن الشرط . لأن هذا الأخير - كما سبق أن ذكرنا - أمر مستقبل غير محقق الوقوع وهو لذلك يجعل الالتزام المعلق عليه محتملاً فى وجوده أو لنقضائه . أما الأجل فهو أمر محقق الوقوع فى المستقبل ، حتى ولو لم يعرف تاريخ وقوعه بالتحديد كالوفاة ^(١) . ولذلك فإن مصير الالتزام المضاف إلى أجل ، معروف مقدماً إذ يكون بالإمكان مقدماً معرفة الوقت الذى سيبدأ فيه سريانه أو الوقت الذى سينقضى فيه . وهذه الخاصية تنعكس على أثر الأجل لتمييز بينه أيضاً وبين الشرط . فالأجل كوصف للالتزام لا أثر له فى وجوده . لأنه يرد على التزام موجود بشكل مؤكد ليرجى نفاذه أو يحدد مدة هذا النفاذ ، حين يرد الشرط كوصف للالتزام على وجود هذا الالتزام ذاته فيجعله محتملاً .

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ منى مصرى بأنه : « ويعتبر الأمر

محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملاً ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » .

وقد يبدو - من ظاهر عبارات العقد - في بعض الأحيان ، أن الأمر يتعلق بأجل ، حين أنه يتعلق في الحقيقة بشرط ، ما دام أن الواقعة المستقبلية غير محققة الوقوع . ومثاله ما طرح على محكمة النقض المصرية ، حيث كان عقد إيجار يتضمن بندا مفاده أن مدة هذا العقد سنة واحدة تبدأ من تاريخ صدور الترخيص ويجوز تجديدها لمدة أخرى ، ويصرح للمستأجر - وإلى أن يصدر هذا الترخيص - بإجراء التحسينات التي قد يرى إدخالها في المكان المؤجر ، لكن لا يجوز له أن يبدأ في افتتاح المكان وتشغيله قبل الحصول على الترخيص . وقد قضت - بحق - في هذه الدعوى ، بأن عقد الإيجار هنا يكون معلقا نفاذه « على شرط موقف غير محقق الوقوع هو الحصول على الترخيص الإداري للالتزام لمباشرة المهنة أو الصناعة ، باعتباره ليس مرتبنا بإرادة أحد طرفي الالتزام ، وإنما يتصل أيضا بعامل خارجي هو إرادة الجهة الإدارية المختصة بإصدار الترخيص » (١) .

أنواع الأجل :

أ- أنواع الأجل من حيث أثره :

٢٦٦- ينقسم الأجل من حيث أثره إلى نوعين :

أجل واقف : يترتب عليه إرجاء تنفيذ الالتزام إلى وقت حلول الأجل ، كالالتزام المقرض برد القرض في الميعاد المتفق عليه .

٢٦٧- والالتزام المضاف لأجل واقف له وجوده الكامل ، ولكنه

(١) نقض ١٩٧٨/١/١٨ المجموعة لسنة ٢٩ رقم ٥٠ ص ٢٣٤ ، ورأى - بوجه عام - في التفرقة بين الأجل والشرط مقال لوسورن ، بالمجلة للفصلية ١٩٧٠ سابق الإشارة إليه .

الالتزام غير نافذ^(١) ، أو بعبارة أخرى غير مستحق الأداء . ويتفرع على وجوده أنه يقبل الخلافة العامة أو الخاصة من جانب الدائن به ، وأن من حق هذا الأخير أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يقتضيه الحفاظ على هذا الحق . كما يتفرع على عدم نفاذه ، أنه لا يقبل التنفيذ الجبرى ، ومن ثم فإن الدائن به لا يمكنه أن يطالب المدين بتأديته قبل حلول الأجل^(٢) (ما لم يكن الأجل مضروباً لمصلحة الدائن وحده ، كما سنرى فيما بعد) . كذلك إذا أوفى به المدين عن غلط ، أى عن جهل بقيام الأجل جاز له بموجب المادة ١/١٨٣ مدنى أن يسترد ما أوفاه ، وإن كانت للفقرة الثانية من نفس النص قد أضافت أنه « يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استوفاه بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها للاتفاقي أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل »^(٣) . ولما كانت المقاصة هو نوع من التنفيذ

(١) فى هذا المعنى ، نقض مصرى ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (ع/١) رقم ٥٦ ، ص ٣٧٦ .

(٢) ويؤكد بعض الشراح للفرنسيين ، أن الدعوى التى يرفعها الدائن قبل حلول الأجل لا تكون مقبولة ، حتى ولو فرض أنه - أى الأجل - سيحل قبل صدور الحكم فيها ، لأن شروط قبول الدعوى يجب أن تقرر بالنظر إلى يوم رفعها . انظر كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ .

(٣) وفى فرنسا : نقضى المادة ١١٨٦ مدنى بعدم جواز المطالبة بالدين المضاف لأجل « قبل أن يحل موعد استحقاقه » . ولكنها تضيف « ومع ذلك ، فإن ما ينفع معجلاً (أى قبل حلول الأجل) لا يمكن للمطالبة باسترداده » .

ويرى الفقه الفرنسى فى عمومية هذه الإضافة معنى أن الوفاء قبل حلول الأجل يكون نهائياً ، ومن ثم لا يجعل محلاً لدعوى استرداد ، حتى ولو كان هذا الوفاء قد تم عن غلط ، أى عن جهل من المدين بقيام الأجل : انظر فى هذا المعنى ، جوسران بند ٧٢٧ ، ستارك بند ١٨٤٧ ، كاربونيه بند ٦١ ص ٢٠٠ ، مارتي ورينو بند ٧٢٩ (وهما -

الجبرى ، كان من اللبديهي أن الدائن بالترام مضاف إلى أجل واقف ، لا يستطيع أن يقاضى بينه وبين دين عليه لمدينه مستحق الأداء . خاصة وأن المقاصة تقتضى وجود دينين مستحقى الأداء . اللهم إلا إذا كان مصدر الأجل الواقف هو حكم للقاضى (فيما يسمى فى الإصطلاح بنظرة الميسرة . كما سئرى فيما بعد) ، فإن هذا النوع من الأجل لا يحول دون المقاصة إذا فُرض وأصبح المدين (لذى مُنح هذا الأجل) دائنا لدائنه ^(١) ، لأن القاضى ما منح — بالفرض — هذا الأجل للمدين إلا لأنه لم يكن قادرا على الوفاء . فإذا ما أصبح قادرا — لما نشأ له من حق فى مواجهة الدائن فقد الأجل مبرره ، وتعين عليه الوفاء بالدين الذى كان مستحقا عليه من قبل . والمقاصة هى طريق لهذا للوفاء ^(٢) .

كذلك ينقزع على عدم نفاذ هذا الالتزام أن المدة التى يتوقف فيها

= يؤكدان أن الموعى لا يستطيع أن يسترد ما يقابل الوفاء للمعجل من الفوائد) ، كولان وكابيتان ودى لاموراندوير بند ٤٠٢ (ولى كلوا يقولون أن العدل والمنطق كان يستوجب القول بإمكان الاسترداد)

ويشير جوجلار إلى أن الإضافة سلفة الإسارة ، استعارها واصنعوا المجموعة المدنية من القانون الرومانى (نروس ملزو بند ١٠٠-٢٠) ، ورغم أنه يرى فى قسوة هذا الحل قسوة منطقية ، إلا أنه يشكك - مع ذلك - فى عدالة هذا الحل .

ويرى كولان وكابيتان ودى لاموراندوير ، أن المدين ، فى هذه الحالة ، لا يعتبر متبرعا للدائن بما يعادل الفائدة التى عانت على هذا الأخير من الوفاء للمعجل ، لأن نية التبرع - وقد أوفى بالفرض عن غلط - لا تكون متوافرة لديه ، بند ٤٠٢ .

(١) وعلى ذلك صراحة نص المادة ٣٦٢/٢ من مسمى ، والمادة ١٢٩٢ من

فرنسى .

(٢) وفى هذا المعنى يقول جونسران (بند ٧٢٦) : أن « المدين كان يزعم (أى

عندما طلب الأجل من القاضى) أنه ليس لديه ما يفي به ، لكن ها هى الظروف أصبحت تمكنه من أن يفي بطريق المقاصة » .

نفاذه لا تدخل في حساب مدة سقوطه بالتقادم . وأن الدائن وحقه غير مستحق الأداء بعد - لا يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية ، ولا أن يتمسك بحقه في الحبس .

٣٦٨- أجل فاسخ ، أو بتعبير أدق ، منهي : يرد على العقود المستمرة أو دورية التنفيذ ^(١) ، ويترتب عليه انقضاء الالتزام منذ حلول الأجل دون مساس بما سبق أن رتبته هذا الالتزام من آثار . وهو لذلك - كما يرى البعض - ليس وصفاً للالتزام بالمعنى الدقيق ما دام أنه لا يعدل من آثاره ^(٢) . إذ الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام الزماني أن ينقضى بانتهاء مدته ^(٣) .

(١) في هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ١٢٧ الذي يؤكد أن هذا النوع من الأجل لا يتصور وجوده إلا في الالتزامات المستمرة أو دورية التنفيذ . وأنظر أيضاً سارك بند ١٨٤٠ .

(٢) في هذا المعنى : د . السنهوري ج ٣ البنود ٥٢ ، ٥٥ ، ٥٦ ، د . أنور سلطان بند ٢٢٨ ، د . إسماعيل غانم الإشارة السابقة .

ويرى بعض القراح فيه سبباً أو طريقاً من طرق انقضاء الالتزام : أنظر في هذا المعنى : جوجائر (دروس ملزو) بند ١٠١٦ ، د . شمس الدين الوكيل ص ٢٢٠ ، د . أبو ستيت بند ٦٧٠ ، فيما يكتفى البعض الآخر بأن يرى فيه أقرب إلى طرق انقضاء الالتزام منه إلى أوصاف الالتزام : في هذا المعنى مارتى وريبنو بند ٧٢٧ ، د . البدراوى بند ١٩١ .

(٣) وراجع ، في معنى إمكان أن تقتزن العقود غير الزمنية بأجل فاسخ ، يعتبر فيها وصفاً للالتزام بالمعنى الدقيق ، وفي أمثلة لهذه العقود د . السنهوري ج ٣ بند ٥٦ ، ومن بين هذه الأمثلة : أن تتعهد شركة بصيانة سيارة أو مصعد أو نحو ذلك من الآلات لمدة سنة ، على أن تتقاضى أجراً عن كل عملية من عمليات الصيانة ، حيث يكون الالتزام هنا مقترناً بأجل فاسخ ، ما دام أن الزمن عنصر جوهري في هذا العقد .

٢٦٩- والالتزام المقترن بأجل فاسخ هو التزام نافذ ولكنه موقوف .
ويترتب على نفاذه أن الدائن به يمكنه اقتضائه جبراً أو اختياراً . كما يمكنه
أن يتصرف فيه . ويترتب على توقيته أو مصيره للحتمى إلى الزوال بحلول
أجله . ومن تاريخ هذا الزوال يزول أيضاً كل التصرفات التى يكون الدائن
به قد باسرها عليه أثناء وجوده .

* * *

٢٧٠- هذا وإذا كان من غير المتصور أن يجتمع فى عقد واحد كل
من وصفى الأجل الواقف والشرط الواقف ، حيث لا يمكن أن تكون الواقعة
المستقبلية - فى آن واحد - مؤكدة للوقوع (فتكون أجلاً) وغير مؤكدة
الوقوع (فتكون شرطاً) ، إلا أنه من الممكن تصور ، إمكان اجتماع الشرط
الواقف مع الأجل الفاسخ ، وذلك إذا كان الالتزام معلقاً فى نشأته على واقعة
مستقبلية غير مؤكدة للوقوع ، تشكل هى نفسها مبدأ سريان أجل فاسخ
بافتراض تحققها ، أو بتعبير آخر حين يكون العقد مضافاً أيضاً فى نفاذه إلى
أجل فاسخ يبدأ حسابه من يوم تحقق هذه الواقعة . ومثال ذلك : الفرض الذى
سبق أن أشرنا إليه ، والذى طرح على محكمة النقض المصرية حيث كان
إيجار محل يتضمن بنداً بأن مدته سنة واحدة تبدأ من تاريخ حصول
المستأجر على ترخيص من جهة الإدارة بمباشرة المهنة أو الصناعة .
فصدور الترخيص - كما سبق أن أئدنا - هو شرط يوقف التزام المؤجر
بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . فإذا ما تحقق هذا الشرط بدأ
نفاذ الالتزام ، بدأ فى نفس الوقت احتساب مدة السنة التى بنهايتها يحل الأجل
المنهى لالتزام المؤجر (١) .

(١) كذلك قد يقع للخلط أحياناً بين الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ ، خصوصاً وأن
الالتزام فى كل من الحالتين يكون موجوداً ونافذاً من وقت نشأة العقد . وقد رأيت إحدى =

(ب) أنواع الأجل ، من حيث مصدره :

٢٧١- كما ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى : أجل اتفاقي وأجل قانوني وأجل قضائي . والأول مصدره اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا . ويمكن أن يستخلص الأجل ضمنا من ظروف التعاقد ، كالالتزام إدارة المعارض بتأجير جزء من الأرض المخصصة لهذا الغرض لإحدى الشركات فيكون هذا الالتزام مضافا - ضمنا - إلى أجل واقف هو التاريخ الذي ابتداء منه يمكن للشركة أن ترتب معروضاتها استعدادا ليوم الافتتاح ، وإلى أجل فاسخ هو نهاية مدة المعرض^(١) . ولثاني هو الذي يجد مصدره في نص القانون ، كحق المنتفع - على سبيل المثال - فهو مضاف قانونا إلى أجل فاسخ هو وفاة المنتفع . والثالث يكون مصدره القضاء ويسمى الأجل في هذه الحالة بنظرة الميمنة *délai de grace* ، حيث أجاز المشرع للقاضي - في حالات استثنائية - إذا لم يمنعه نص في القانون أن ينظر المدين إلى أجل

= محكم الاستئناف في مصر ، شرطا فاسخاً ، في العقد الذي ائترن به التزام المدين بالدين ، والذي كان مقتضاه أن هذا الالتزام يعتبر لاغيا ولا وجود له في حالة وفاة الدائن . فيما رأت فيه محكمة النقض - بحق - لجلا فاسخا يقتصر أثره على مجرد وضع حد زمني ينتهي به التزام المدين . أنظر نقض ١٩٧٨/٤/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢١٨ ص ١١١٢ .

(١) ويسوق كاربونييه (بند ٦١ ص ٢٠٠) مثالا للأجل الضمني : إيجار عمارة تحت التشييد ، حيث يكون هذا الإيجار مضافا لأجل واقف هو اليوم الذي تصبح فيه الشقق صالحة للسكنى .

(٢) وإذا كان الأجل للضمنى - وللقا كن أو فاسخا - مما يمكن تصويره بسهولة ، فإن الشرط للضمنى ، قلما يكون ، على العكس ، متصورا . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي ، حول هذا المعنى : استئناف باريس ١٩٨١/٣/١٩ (د . ١٩٨١ - أ . ر - ٤٤٣ وتطبيق لاروميه) .

معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق السدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم ^(١) . (م ٢/٣٤٦ مدنى) .

الوفاء عند المقدرة أو الميسرة :

٢٢٢- قد يتفق المتعاقدان على أن يكون الوفاء بالالتزام فى الوقت الذى يتمكن فيه المدين من ذلك ، وعندئذ قد لا يعرف ما إذا كان مثل هذا الاتفاق يعتبر تعليقاً على شرط ، هو مقدرة المدين أو ميسرته أم أنه إضافة لأجل هو المقدرة أو الميسرة . وتتضح على الفور أهمية الاختيار بين هذا التكيف أو ذلك ، لأنه إذا كان المقصود بهذا الاتفاق تعليق التزام المدين على شرط ميسرته فإن هذا الشرط يجعل الالتزام قبل تحققه مجرد احتمالى ، وقد لا تتحقق واقعة اليسار على الإطلاق فيموت المدين معصراً فلا يكون من حق الدائن - وقد تخلف الشرط - أن يشترك مع الدائنتين الآخرين فى اقتسام تركة المدين هسمة للغرماء . أما إذا قصد بهذا الاتفاق أن تكون الميسرة مجرد أجل يضاف إليه التزام المدين ، كان حق الدائن موجوداً ومؤكداً ولكنه

(١) ويقترب من حكم هذه المادة ، فى القانون الفرنسى ، نص الفقرة الثانية التى أضافها المشرع بقانون ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ إلى المادة ١٢٤٤ من المجموعة المدنية ، وإن كانت تستلزم ألا تزيد هذه المهلة القضائية على مدة سنة .

وكانت هذه المادة قبل تعديلها بقانونى ٢٥ مارس ، ٢٠ أغسطس ١٩٣٦ ، تستلزم أن يكون تدخل القاضى ، بمنح هذا الأجل ، فى أضيق الحدود ، أو وفقاً لعبارة هذا النص ، مع التحفظ الشديد « avec une grande reserve » ، لما فى هذا التدخل من مساس بمبدأ حرية الإفاقات . ثم حذف بعد ذلك هذا التحفظ . أنظر فى التعليق على هذا الحذف ، وعلى التعديل الذى أدخله المشرع على هذه المادة بوجه عام :

RIPERT : Le droit de ne pas payer ses dettes . D . H . 1936 - chr - p . 57 et s .

وأنظر فى تفاصيل شروط منح نظرة الميسرة فى القانون الفرنسى : كولان وكابيتان ودى لامورانتيرر بند ٤٠٨ .

غير نافذ حتى الوقت الذى يتحقق فيه هذه الميسرة ، وهو ينفذ على كل حال عند وفاة المدين . فيكون للدائن أن يستوفى حقه من تركته بالاشتراك مع سائر الدائنين .

٢٧٣- وبدهى أن الفصيل فى الاختيار بين هذا الحل أو ذاك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين . ورغم ندرة هذه الصورة فى العمل إلا أن المشرع قد تبصرها ، ووضع لحلها قرينة يعتبر بمقتضاها مثل هذا الاتفاق إضافة إلى أجل^(١) وليس تعليقا على شرط . وهى قرينة تقبل إثبات العكس .

وخول القاضى - عند عدم الاتفاق بين الدائن والمدين على تحديد أجل الوفاء بالالتزام الذى أجلاه إلى ميسرة ، أن يحدد الميعاد المناسب لهذا الوفاء « مراعىا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه » (م ٢٧٢ مدنى)^(٢) .

(١) وقد قضت - بوجه علم - محكمة النقض المصرية ، بأنه ، إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين ، فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، وللدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته ، أو أن يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل . انظر نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ المجموعة السنة ١٩ (١ ع) رقم ٥٦ ص ٣٧٦ .

(٢) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ، المادة ١٩٠١ مدنى ، التى وردت فى خصوص الغرض . وانظر من تطبيقات للقضاء لهذا النص : نقض ١٩٧٣/١١/٦ (د . ١٩٧٤ - ٩١ والتعليق) . وقد انتهت المحكمة فى هذا الحكم إلى أنه إذا ما كان المدين قد أصبح قادرا على الوفاء بجزء من التزاماته ، فإن الأجل يكون قد حل بنسبة هذا الجزء . وانظر أيضا : استئناف باريس ١٩١٢/١١/١٩ (د . ١٩١٣ - ٢ - ١٢٦) .

كذلك جاء فى حكم لمحكمة النقض الفرنسية أنه إذا ما كان للمدين قد تعهد بأن يسدد كامل مديونيته للدائن عندما يبيع بعض عقاراته ، فإن لمحكمة الموضوع أن ترى - بموجب ما لها من سلطة التقدير فى هذا الشأن - أن النية المشتركة للمتعاقدين قد اتجهت فى هذه الحالة إلى تحديد أجل لهذا السداد ، وبالتالي فإنه لا يترتب عليها إن هى -

انتهاء الأجل :

٢٧٤- ينتهى الأجل عادة بحلوله ، وقد ينتهى قبل ذلك بسقوطه أو بالتنازل عنه .

أولا : انتهاء الأجل بحلوله :

٢٧٥- ينتهى الأجل إذا حل التاريخ المحدد الذى أضيف إليه الالتزام ، أو تحققت الواقعة للمستقبل التى جعلها الطرفان أجلا له .
ثانيا : انتهاء الأجل بسقوطه :

٢٧٦- كما ينقضى الأجل الواقف - قبل ميعاده - بحرمان المدين منه ، أو بتعبير آخر بسقوط هذا الأجل . وقد أوردت المادة ٢٧٣ مدنى أسباب سقوط الأجل ^(١) ، ويمكن تلخيصها فيما يأتى :

١- يسقط الأجل بشهر إفلاس المدين إذا كان تاجرا ، أو بشهر إعساره إذا لم يكن كذلك . وقد سبق أن ذكرنا فى دراستنا لشهر الإعسار أنه يلزم أن يصدر حكم به من القضاء . وأن المقصود بالإعسار هنا هو الإعسار

= قضت - بعد ما ثبت لديها أن الآمال التى كان المدين يعلقها على هذا البيع كانت وهمية ، وأنه لم يكن على الدائن أن يصبر على تحقق هذا الحدث إلا لمدة معقولة - بالاستجابة لطلب الدائن الذى تنتظر طيلة عشر سنوات . نقض ١٩٧٦/١/٢٨ (د . ١٩٧٦ - ص - ٣٤ والتعليق) .

(١) ويقابل هذه المادة فى القانون الفرنسى ، المادة ١١٨٨ مدنى ، وهى تتضمن سببين فقط لسقوط الأجل هما : إفلاس المدين ، وإضعافه (أى بفعله) للتأمينات التى قدمها للدائن بموجب العقد . ويبرر بعض الشراح سقوط الأجل فى هاتين الحالتين ، بأن المدين فيهما يصبح غير بالثقة التى على أساس منها كان الدائن قد منحه هذا الأجل . فى هذا المعنى : بوتييه أشار إليه جوجلار (دروس ملازو) بند ١٠٢٦ ، وأنظر أيضا : سمارك بند ١٨٥٢ .

القانونى ، فلا يكفى أن يكون المدين فى حالة إعسار فعلى . كما سبق أن عرفنا مبررات الحكم بشهر الإعسار وما يترتب عليه من إسقاط آجال الديون الموجبة بغية كفالة قدر من المساواة بين الدائنين ^(١) .

٢- كما يسقط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة التى تضمن الوفاء بالدين للدائن ، كالرهن مثلا ، ولو كان هذا للرهن قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق على عقد القرض ، بحيث يصبح هذا للتأمين أقل من قيمة الدين الذى يضمن الوفاء ^(٢) . ولكن لتمثيل بالرهن لا يعنى - كما هو الحال فى القانون الفرنسى ^(٣) - أن للتأمين الذى يؤدي إضعافه إلى سقوط الأجل يجب أن يكون ناشئا عن عقد ^(٤) ، بل يمتد إلى كل تأمين خاص ولو كان ناشئا عن

(١) ورغم أن المادة ١١٨٨ مدنى فرنسى لا تنكلم ، كما أشرنا إلا عن الإفلاس ، إلا أن القضاء الفرنسى مستقر على أن إعسار المدين يمكن أن يؤدي إلى سقوط الأجل أيضا ، شريطة أن يطالب للدائن هذا السقوط من قاضى الموضوع . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٧٥/١٢/١٦ (د . ١٩٧٦ - أ . ج . ٨٠) ، استئناف باريس ١٩٤٠/٢/٢٣ (ج . ب . ١٩٤٠ - ١ - ٣٥١) ، ومن الأحكام القديمة : نقض ١٨٩٢/٣/٣٠ (د . ١٨٩٢ - ١ - ٢٨١) وتعليق بلاتيويل ، س ١٨٩٢ - ١ - ٤٨١ وتعليق لابييه . ولنظر فى معنى عدم تفضيل هذا الحل الذى يجرى عليه القضاء : كولان وكابيتان ودى لاموراندبيرر بند ٤٠٣ .

(٢) ويرى بعض الشراح الفرنسيين ، من قبيل إضعاف للتأمين : أن يؤثر المدين عقاره (المرهون ضمانا لحق الدائن) لمدة طويلة ، بحسبان هذا الإيجار يقلل من قيمة العقار . أنظر جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٢٦ .

(٣) م ١١٨٨ مدنى فرنسى .

(٤) راجع فى تفاصيل شروط سقوط الأجل بموجب هذا السبب فى القانون الفرنسى : مارتى ورينو بند ٧٣٣ ، جوسران بند ٧٣٤ . كولان وكابيتان ودى لاموراندبيرر بند ٤٠٣ .

غير عقد ، حق الامتياز مثلا وهو ينشأ بنص القانون (١) .

٢٧٧- هذا وقد فرق المشرع في أثر إضعاف التأمينات على سقوط الأجل ، بين ما إذا كان هذا الإضعاف قد تم بفعل المدين عمدا أو إهمالا ، وبين ما إذا كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (٢) . وجعل للدائن - في الحالة الأولى - خيارا بين التمسك بسقوط الأجل والمطالبة بحقه الذى أصبح مستحق الأداء ، وبين أن يستبقى الأجل على أن يقوم المدين بتكملة التأمين إلى الحالة التى كان عليها قبل إضعافه ، حين يتعين على المدين أن يقوم بهذه التكملة . وأما في الحالة الثانية ، فإن الخيار يكون للمدين بين أن يستد

= ويبدو أن الفقه الفرنسى يمد - مع ذلك - حكم المادة ١١٨٨ إلى التأمينات التى يقرها القانون بالاستناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية كامتياز البائع مثلا :

انظر في هذا الاتجار : مارتى وريغو بند ٧٣٣ ، أما القضاء الفرنسى فإنه منقسم فى شأن هذا التوسع . أنظر من بين الأحكام التى تؤيده : نقض (عرائض) ١٨٦١/١/٢١ (د . ١٨٦١ - ١ - ١٧٠) ، استئناف شامبرى ١٩٠٢/٥/١٣ (د . ١٩٠٣ - ٢ - ٢٣٦) ، ومن بين الأحكام التى لا تؤيده أنظر : نقض ١٨٧٠/٥/١٤ (د . ١٨٧٠ - ١ - ١١) ، استئناف روان ١٩٠٣/٦/٢٤ (ج ب ١٩٠٣ - ٢ - ٢٨٠) .

(١) ويرى د . السنهورى (ج ٣ بند ٧٣) أنه من غير المتصور أن يمتد سقوط الأجل إلى إضعاف التأمينات المتمثلة فى حقوق الاختصاص ، لأن هذه الحقوق لا تؤخذ إلا بموجب حكم واجب للتنفيذ ، وهو ما يفترض حتما أن الدين مستحق الأداء . ولقارن د . إسماعيل غانم الذى يرى - على العكس - أنه من المتصور أن يكون الدين مستحق الأداء ويحصل للدائن على حق اختصاص ثم يتفق مع المدين على تأجيل الدين بعد أن اطمأن إلى ضمانه (بند ١٣٥ ، وهامش ٢ من ص ٢٨١) .

(٢) أما إذا كان إضعاف التأمين بفعل للدائن نفسه ، فإن حق للمدين فى الأجل - بداهة - لا يسقط . انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٩/٢/١١ المجموعة السنة ٢٠ (ع/١) رقم ٤٨ ص ٣٠٣ ، ونقض فرنسى (عرائض) ١٨٧٨/٧/٢٤ (د . ١٨٧٨ - ١ - ٣٣٦) .

إلى سقوط الأجل وبقي حق الدائن أو يختار الإبقاء على الأجل على أن يقدم للدائن ضمانا كافياً للوفاء بحقه . ولا يلزم أن يعيد هذا للضمان إلى الحالة التي كان عليها قبل أن أضعف ما دام يجعل هذا الضمان كافياً للوفاء بحق الدائن (١) . وهكذا نقضى الفقرة الثالثة من المادة ٢٧٣ مدنى بأن حق المدين فى الأجل يسقط « إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا للتأمين قد أعطى يعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . لما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا » .

٣- ويسقط الأجل - أخيرا - بنكول المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه للدائن من تأمينات ، ما دام أن هذا الأخير ما قبل أن يمنح الأجل إلا مقابل هذا الوعد (٢) .

ثالثا : انتهاء الأجل بالتنازل عنه :

٢٧٨- كذلك ينتهى الأجل بالتنازل عنه من جانب من ضرب

(١) ولم تتضمن المجموعة المدنية الفرنسية هذه التفرقة ، إنما يواجه المشرع الفرنسى فقط سقوط الأجل بإضعاف التأمينات الخاصة متى كان ذلك بفعل المدين . وتبعا لذلك يرى الفقه الفرنسى أنه إذا ما كان ضعف التأمين يرجع إلى قوة قاهرة ، فإن الأجل لا يسقط . أنظر ستارك بند ١٨٥٥ : مارتى ورينو بند ٧٣٣ .

(٢) ورغم أن المجموعة المدنية الفرنسية لم تتضمن هذا السبب من أسباب السقوط ، إلا أن القضاء ثابت على التسوية بين هذا للنكول وإضعاف التأمينات بفعل المدين . أنظر مثلا : نغضن (عراقض) ١٩٠٠/٥/٢ (س ١٩٠١ - ١ - ١٤) ، واستئناف موبيلبييه ١٩٣١/٤/٢٣ (ج . ب ١٩٣١ - ١ - ٨٧٩) .

لصالحه . فإذا كان هذا الأجل قد ضرب لصالح المدين ^(١) وحده (كما فسي حالة القرض بدون فائدة) كان له أن يتنازل عنه ويفي بالدين فوراً . وإن كان قد ضرب لصالح الدائن وحده (كما في حالة الوديعة بدون أجر) كان له كذلك أن يتنازل عنه ^(٢) . أما إذا كان مقرراً لصالح الطرفين معاً (كما في حالة القرض بفائدة) فلا يستطيع أى منهما أن يستقل بالتنازل عنه بإرادته المنفردة ، لأن لكل من الطرفين مصلحة في التمسك بالأجل . ولذلك ففي هذا المثال لا يستطيع المدين أن يستأثر وحده بالتنازل عن الأجل ليقوم بدفع الدين فوراً ، لأن للدائن مصلحة في بقاء الأجل لتقاضى الفوائد . كما لا يستطيع الدائن بمفرده أن يجبر المدين على السداد فوراً قبل حلول الأجل لأن لهذا الأخير مصلحة في إرجاء تنفيذ التزامه . فإذا قام الشك حول من تقرر الأجل لمصلحته ، افترض أنه تقرر لمصلحة المدين .

أثر حلول الأجل :

٢٧٩- إذا كان الأجل واقفاً ثم حل ، أصبح الالتزام نافذاً أو بتعبير آخر مستحق الأداء منذ حلول هذا الأجل . ويتربط على هذا النفاذ أن يعامل هذا الحق معاملة للحقوق المستحقة الأداء . أما إذا كان الأجل فاسخاً ، ترتب

(١) والمادة ١١٨٧ مدنى فرنسى تفترض أن الأجل يكون مشروطاً لمصلحة المدين ، إلى أن يثبت العكس ، فهى تقضى بأنه « يفترض دائماً أن الأجل مشروط لمصلحة المدين ، ما لم يستخلص من شرط في العقد ، أو من الظروف ، أنه مشروط أيضاً لمصلحة الدائن » . وأنظر فى شرح هذه المادة : متترك بند ١٨٥٠ ، جوجلر (دروس ملازو) بند ١٠٢٥ .

(٢) أما المدين ، فى هذا القرض ، فإنه لا يمكنه أن يفى بالدين قبل حلول الأجل . أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى فى هذا المعنى : نقض (عرائض) ١٨٩٦/٤/٢١ (د . ١٨٩٦ - ١ - ٤٨٤ ونقير فوازان) .

على حله انقضاء الالتزام .

٢٨٠- هذا ويجدر للتويه إلى أنه - على العكس من الشرط - لا يكون حلول الأجل وفقا كان أم فاسخا ، أثر رجعي . ولذلك فقد تجنب الشراح الفرنسيون - وهم منطقيون في ذلك - أن يصفوا الأجل الذي ينتهي به التزام المدين بالأجل الفاسخ ، لأن لفظة الفسخ قد تشعر بمعنى أن لهذا النوع من الأجل أثرا رجعيا في تحققه . وفضلوا أن يطلقوا عليه تعبير : الأجل المنهـى^(١) Le terme extinctif .

(١) أنظر مثلا : مارتي ورينو بند ٧٢٧ ، كولان وكابيتان وي لاموراندبيرر بند ٤٠٥ ، ستارك بند ١٨٤٠ ، جوجلار (دورس مازو) بند ١٠١٦ .

الفصل الثاني

الأوصاف التي ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد المحل)

(الالتزام التخييري والالتزام البدلي)^(١)

أولا : الالتزام التخييري^(١) : L'obligation alternative

٢٨١- الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يشمل محله أشياء متعددة ، تبرا ذمة المدين إذا أوفى بواحد منها (م ٢٧٥ مدني) .

ويفترض التعدد ، أن تتوافر الشروط القانونية في عدة أشياء أو فسي شيين منها على الأقل ، حتى يكون هناك خيار في تعيين الشيء الذي يتم الوفاء به . فإذا لم تتوافر الشروط ، بالفرض إلا في شيء واحد ، كان الالتزام في هذه الحالة بسيطا لا موصوفا .

٢٨٢- والأصل في هذا النوع من الالتزام أن يكون الخيار للمدين^(٢)

(١) لم تنظم المجموعة المدنية الفرنسية إلا الالتزام التخييري فقط في المواد من ١١٨٩ - ١١٩٦ ، لكن العمل في فرنسا يعرف طائفة الالتزامات البدلية أيضا ، كما تطرح المنازعات بشأن مثل هذا النوع من الالتزامات على القضاء الفرنسي ، أشار لذلك مستارك بند ١٨٥٨ .

(٢) أنظر في هذا الشأن

GBLER (M. J) : Les obligations alternatives . R. T 1969 P. 1 à 28 ;
CHEVALLIER (J) : L'obligation alternative R. T 1967 P. 384 - 385 No 3 .

وراجع في التفرقة بين الالتزام التخييري وكل من : الشرط الجزائي ، والالتزام الملحق على شرط واقف ، والالتزام بشيء غير معين بالذات د . المنهوي ج ٣ البند ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ على الترتيب .

(٣) أنظر في هذا المعنى :

DEMOGUE (Ré) : A qui appartient le choix dans les dettes alternatives . R. T 1929 P. 1092 No 16 .

(م ٢٧٥) ^(١) . لكن إذا كان لهذا الأخير أن يختار من بين الأشياء المتعددة ما يفي به ، إلا أنه لا يملك - بداهة - إجبار الدائن على قبول جزء من أحد الشئيين وجزء من الشيء الآخر ، وعلى ذلك صراحة نص للمادة ١١٩١ مدنى فرنسى .

٢٨٣- وخلافا للأصل سابق الإشارة ، قد يكون الخيار فى بعض الأحيان للدائن بموجب نص القانون . كما هو الحال مثلاً فى خصوص إضعاف التأمينات التى تضمن حق الدائن بفعل هذا المدين ، حين يكون للدائن - كما بينا فى موضع سابق - الخيار . عنئذ بين اقتضاء حقه من المدين فوراً بسقوط أجل الدين ، أو الإبقاء على الأجل مع مطالبة المدين بإعادة التأمينات إلى الحالة التى كانت عليها . وقد يصير الاتفاق بين الطرفين على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدنى) ، فيتعين - بداهة - إعمال هذا الاتفاق ^(٢) .

٢٨٤- فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فى هذا الشأن ، جاز للدائن - عنئذ - أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه للمدين أو يتفق فيه المدينون . فإذا لم يتم ذلك ، سولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦ مدنى) ^(٣) . أما إذا كان الخيار

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١١٩٠ مدنى .

(٢) وعلى العكس من نص المادة ١١٩٠ مدنى فرنسى ، الذى يشترط أن يكون مثل هذا الاتفاق صريحاً ، ورد نص المادة ٢٧٥ مدنى مصرى مطلقاً فى هذا الشأن . وصوماً ، أجازت محكمة النقض الفرنسيه استخلاص مثل هذا الاتفاق صمناً . انظر مثلاً : نقض (عرائض) ١٧/١٩٢٩ (د . ١٩٢٩ - ١ - ١٤٣) وتقرير بريكو .

(٣) وهذا الحكم لا نظير له فى القانون الفرنسى . ولذلك يرى بعض الشراح أنه إذا رفض المدين الاختيار ، فإن للقضاء أن يجزئه على ذلك وله - فى سبيل حمله على =

للدائن وامتنع عن الاختيار ، أو تعدد الدائنين ولم يتفقا في هذا الشأن ،
انتقل الخيار إلى المدين (م ٢/٢٧٦) .

٢٨٥- وبديهي أنه إذا ما وقع الاختيار على أحد الأشياء المتعددة فإن
هذا الاختيار يكون نهائيا ، ولا يمكن من ثم العدول عنه بعد ذلك ^(١) .

٢٨٦- ولاستعمال للحق في الاختيار أثره الرجعي ، ففى معنى أن
الالتزام يعتبر بعد هذا الاختيار كما لو كان قد نشأ منذ البداية بسيطا ، أو
بعبارة أخرى ، يعتبر كما لو كان ينحصر ، منذ نشأته فى هذا الشيء الذى
وقع عليه الاختيار ، ويتفرع على ذلك أنه إذا كان التزام المدين هو بنقل
ملكية أحد الأشياء من بين عدة منقولات معينة بالذات مملوكة ، ثم وقع
الاختيار على واحد منها ، فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشيء ، ليس من
وقت الاختيار وإنما من وقت نشأة العقد ، ومن ثم فلو فرض مثلا أن كان
المدين قد تصرف فى أحد هذه الأشياء ، بالبيع مثلا ، حين كان الخيار
بالفرض ، للدائن ، وتصادف أن اختار هذا الأخير الشيء بالذات الذى
تصرف فيه المدين ، فإن بإمكانه - وهو يعتبر بالفرض مالكا لهذا الشيء من
قبل أن يتصرف المدين فيه - أن يطالب المشتري باسترداد هذا الشيء . وإن
كان هذا الأخير يمكنه أن ينفع هذا المطالبة ، لا بأنه قد تملك هذا الشيء
بموجب عقد البيع ، فالفرض أن البيع هنا يعتبر فى حكم البيع الصادر من

= هذا الاختيار - أن يحكم عليه ، عند الاقتضاء ، بغرامة تهديدية . فإذا بقى المدين على
رفضه ، فلا يكون للتقاضى إلا أن يحكم ضده بفسخ العقد مع التعويض . أنظر جوجلار
(دروس مازو) بند ١٠٤٨ . وأنظر من تطبيقات للقضاء فى هذا المعنى : استئناف
باريس ١٩٦٤/٦/٢٩ (ج .ك .ب ١٩٦٥ - ٢ - ١٤١٣٥ وتعليق بوكارا) .

(١) فى هذا المعنى شيفالييه ، مقال المجلة للفصلية مسابق الإشارة ص ٣٨٤ ،

وأنظر أيضا جوجلار (دروس مازو) بند ١٠٤٨ .

غير مالك ، وإنما بموجب قاعدة للحيازة فى المنقول سند الملكية ^(١) . متى كان هذا المشتري حسن النية وقت الشراء ، لا يعلم بالعلاقة السابقة بين الدائن والمدين وما تتضمنه هذه العلاقة من حق للدائن فى الاختيار ^(٢) .

٢٨٧- ويبقى بعد ذلك التساؤل عن حكم أو أثر هلاك أو استحالة أحد الأشياء ، أو جميعها ، قبل استعمال الحق فى الاختيار . وفى هذا الشأن :

(أ) قد يكون الهلاك بسبب أجنبي :

- فإذا هلك كل الأشياء ، انقضى التزام المدين ، ما لم يكن هلاكها تاليا لإعذار الدائن له بوجوب التنفيذ ^(٣) ، حيث كان المدين قد تراخى فى الاختيار ومن ثم فى تنفيذ التزامه مما حمل للدائن على إعذاره .

- أما إذا بقى واحد من الأشياء دون هلاك ، تحدد فيه المحل ، ووجب على المدين أن يقى به ^(٤) .

(ب) وقد يكون الهلاك بخطأ المدين :

- فإذا كان الخيار له هو ، وهلك كل الأشياء إلا واحدا منها ، تحدد فيه المحل . أما إذا هلك كلها وكان مسؤولا عن الهلاك ولو قيمة يتعلق بواحد منها فقط ، تعين عليه أن يدفع للدائن قيمة آخر شيء هلك ، وعلى ذلك صراحة نص المادة ٢٧٧ مدنى .

(١) فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٤١٠ .

(٢) وراجع فى نتيجة أخرى يمكن أن تترتب على رجعية أثر الاختيار هذه :

كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، الإشارة السابقة .

(٣) م ١١٩٥ مدنى فرنسى : وانظر أيضا كولان وكابيتان ودى لامورانديير

الإشارة السابقة .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى ، فى هذا المعنى : استئناف باريس

١٩٥٩/٢/١٠ (١٩٥٩ - ٢٥٦) ، وانظر أيضا حوسران بند ٧٤٥ .

- أما إذا كان الخيار للدائن ، فإن له أن يطالب بالشئ الباقي أو بقيمة الشئ الذى هلك ، أو بقيمة أحد الأشياء الهالكة إن كانت قد هلكت كلها . وذلك حسب اختياره .

(ج) وقد يكون الهلاك بخطأ الدائن :

فإذا هلك أحد الشئتين وبقي الآخر ، وكان الخيار بالفرض للمدين ، كان من حق هذا الأخير أن يعتبر أن الشئ الذى هلك هو الشئ الواجب الأداء ، فتبرأ ذمته فى مواجهة الدائن . وقد يختار تأدية الشئ الذى تبقى ، حين يكون له فى هذه الحالة أن يرجع على الدائن بقيمة الشئ الذى هلك بخطئه . أما إذا كان الخيار بالفرض للدائن ، فإن لهذا الأخير أن يختار ما هلك بخطئه ، لتبرأ عندئذ ذمة المدين ويغطى فى نفس الوقت خطأه هو . أما إذا فضل اختيار الشئ الباقي فله ذلك ، على أن يعرض المدين عن الشئ الذى هلك بخطئه .

- أما إذا هلكت الأشياء جميعا ، برئت ذمة المدين ، وكان له أن يطالب للدائن بقيمة جميع الأشياء الهالكة فيما عدا الشئ الذى كان سيختاره للوفاء بالالتزام ، حين يكون الخيار للمدين . أما إذا كان الخيار للدائن ، فإن ذمة المدين ستبرأ أيضا ، ويكون على الدائن أن يعرض المدين عن جميع الأشياء الهالكة الأخرى غير الشئ الذى كان سيختاره هو ^(١) .

(١) وتجدر الإشارة فى هذا الشأن ، إلى أن المشرع لم ينظم من هذه الحلول ، إلا فرض ما لو كان الخيار للمدين وهلكت الأشياء جميعا بخطئه ، ومن ثم فإن باقى الحلول ، على النحو الذى بيناه ، إما يمكن استخلاصها من القواعد العامة . أما المشرع الفرنسى فقد عالج أحكام الهلاك بنصوص أوفى من نصوص القانون المصرى ، أنظر المواد ١١٩٣ ، ١١٩٤ ، ١١٩٥ منى .

ثانياً : الالتزام البدلى : L'obligation Facultative^(١) :

٢٨٨- هو الالتزام الذى لا يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبشراً .
 نمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً آخر . م ١/٢٧٨ مدنى . على أن يلاحظ
 أن مكنة الوفاء بالبديل قد صار الاتفاق عليها مقدما عند التعاقد .

٢٨٩- ولما كان محل الالتزام يتحدد فى شيء واحد ، فإن هذا
 الشيء ، وليس البديل ، هو الذى يحدد طبيعة الالتزام (عقارياً أو منقولاً) .
 كما أنه هو الشيء الذى يحق للدائن أن يطالب به وحده . اللهم إلا إذا اختار
 المدين أن يفى بالبديل . كما أن وحدة المحل تؤثر كذلك على أحكام البطلان
 والهالك . فإذا كان المحل الأصلى مستحيلاً أو غير مشروع ، كان الالتزام
 باطلاً ولو كان البديل ممكناً ومشروعاً . وإذا هلك المحل الأصلى بسبب
 أجنبى لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام^(٢) ، ولا يحق للدائن أن يطالب
 بالبديل . بل حتى ولو كان هذا الهالك بطلاً للمدين . لا يكون للدائن سوى
 المطالبة بالتعويض عن هذا الهالك إلا إذا اختار المدين أن يفى بالبديل توفياً
 لهذه المطالبة .

(١) راجع فى التفرقة بين هذا الالتزام ، والالتزام للتخيير ، والنتائج التى تترتب
 على هذه التفرقة : مارتى ورينو بند ٧٦٥ .

وراجع فى تفرقة أولى بين هذا الالتزام وكل من الالتزام للتخيير والشرط
 الجزائى ، والعربون . د . السنهوري ج ٣ للبلود ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ على الترتيب .

(٢) انظر فى هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ١٨٦٥ ، جوجلار (دروس مازو)

بند ١٠٤٩ ؛ مارتى ورينو بند ٧٦٥ .

الفصل الثالث

الأوصاف التي تتعلق بأطراف الرابطة القانونية

(تعدد طرفي الالتزام ، التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)

المبحث الأول

التضامن^(١)

La Solidarité

تمهيد :

٢٩٠- الأصل أن تكون الرابطة القانونية بين دائرتين واحدتين ومدين واحد ، بشرط تعدد أطراف هذه الرابطة . سواء في جانبها الإيجابي أو في جانبها السلبي . ويظل الأصل - حتى في هذه الحالة - أن ينقسم الدين ، فلا يلزم كل مدين إلا بقدر حصته ، ولا يحق لكل دائر أن يستوفي إلا قدر حقه .

ولكن قد يتضامن أطراف الرابطة القانونية في جانبها الإيجابي فيكون من حق أي دائر أن يستوفي الدين كله نيابة عن بقية الدائنين ، أو في جانبها السلبي فيكون من حق الدائن أن يطالب أي مدين بالدين كله فإذا أوفاه المدين برئت نمته ودمم باقي المدينين .

فالتضامن - بهذا الشكل - هو وصف في الالتزام يجعل من حق أي من الدائنين المتعديدين أن يقتضى الدين كله نيابة عن باقيهم (في التضامن الإيجابي) ، أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أي من المدينين

(١) أنظر في هذا الموضوع :

HAILLECOURT (M) : Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit Français . Thèse Bordeaux 1911 .

نكل من نوعى التضامن مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول

التضامن الإيجابى (التضامن بين الدائنين)

La Solidarité Active

المقصود به :

٢٩٢- يقصد بالتضامن الإيجابى حالة ما إذا تعدد للطرف الدائن فى الرابطة القانونية بحيث يكون من حق أى من الدائنين أن يستوفى الدين كله من المدين بالنيابة عن بقية الدائنين ، ليكون للوفاء به له مبرراً لئلازمة المدين فى مواجهة هذا الدائن وبقية الدائنين .

٢٩٣- ويهدف هذا النوع من التضامن إلى تسهيل استيفاء الدائنين لحقهم عن طريق نيابة أحدهم عنهم فى هذا الاستيفاء . وهو لذلك نادر فى الحياة العملية ، لأن الهدف منه يمكن تحقيقه بنظام الوكالة التى لا تتطوى على الخطورة المحتملة التى يمكن أن تلحق بالدائنين المتضامنين إذا أعسر الدائن بعد أن أستوفى الدين بالنيابة عن

= بند ١٠٥٧ ، ستارك بند ١٨٨٠ ، مارنى ورينو بند ٧٨٢ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندبيرر بند ٤١٩ ، جوسران بند ٧٨١ ، ونظر بوجه عام .

DERRIDA : De la solidarité commerciale . R. T comm . 1953 P. 329 .

ومن تطبيقات القضاء الفرنسى أنظر : نقض ١٩٢٩/٧/١٨ د . (١٩٢٩ -) .

٥٥٦ () ، نقض (عرائض) ١٩٢٠/١٠/٢٠ د . (١٩٢٠ - ١ - ١٦١ وتعليق P. M . س ١٩٢٣ - ١ - ٢٠١ وتعليق هامليل ، ١٩٤٦/١/٧ (ج . ب ١٩٤٦ - ١ - ٩٢) .

وفى هذا المعنى أيضاً ، فى مصر ، د . إسماعيل غانم ، بند ١٥٧ ، وكذلك كل من : د . محسن شفيق ، د . مصطفى طه ، د . أكرم الخولى ، مشار إليهم فيه فى ص ٣١٢ هامش ١ ، وعكس ذلك د . السنهورى ج ٣ ، بند ١٦٨ .

بأقلى الدائنين المتضامنين (١) .

أشاره :

٢٩٤- ويترتب التضامن الإيجابي آثاره فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين ، كما أن له آثاره أيضا فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم .

أولا : فى العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين :

٢٩٥- تقوم هذه للعلاقة على مبادئ ثلاثة هى التى تحكم ما يترتب على التضامن فيها من آثار .

(أ) وحدة الدين :

٢٩٦- ويقصد بها أنه بالرغم من تعدد الدائنين إلا أن حق هؤلاء جميعا فى مواجهة المدين هو حق واحد . أو بعبارة أخرى أن المدين يلتزم بدين واحد فى مواجهة هؤلاء جميعا . ويتفرع على ذلك :

- ١- أن من حق أى دائن منهم أن يطالب المدين بكل الدين .
- ٢- أنه يجوز للمدين - بدوره - أن يفى بالدين كله لأى دائن منهم فتبرا نمته قبل بقية الدائنين . اللهم إلا إذا اعترضوا على الوفاء لواحد منهم

(١) فى هذا المعنى : ستارك بند ١٨٧٢ ، مارتى وريزو بند ٧٧٨ ، جوجار (دروس مازو) بند ١٠٥٤ ، كولان وكابيتان ودى لاموانديير بند ٤١٣ . ويضيف جوسران لأفضلية الوكالة على هذا النوع من التضامن أن الوكالة يمكن الرجوع فيها ، كما أنها تنتهى بوفاء الوكيل أو الموكل ، حين أن الوضع الناشئ عن التضامن الإيجابي هو وضع لهائى ، وغير قابل للرجوع فيه . جوسران بند ٧٥٦ ، وفى مصر : يرى السهوى فى هذا النوع من التضامن اقرب إلى أن يكون ضمنا للمدين ، منه ضمنا للدائن ج ٣ بند ١٢٣ .

بالبذات (م ١/٢٨٠) ، فإذا أوفاه المدين رغم الاعتراض فلا تبرأ ذمته قبل الباقيين إلا بقدر حصة هذا الدائن .

٣- أن من حق ورثة الدائن المتوفى - وهم يحلون في مركز مورثهم في الدين التضامنى كله - أن يطالب كل منهم للمدين بنسبة نصيبه في الدين التضامنى كله ، وليس في النصيب الذى يخص مورثهم من هذا الدين التضامنى ^(١) . فإذا تضامن - على سبيل المثال - دائنان في استيفاء مبلغ ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهما عن ابن وبنت فإن ورثة المتوفى يحلون في نفس المركز الذى كان فيه مورثهم بالنسبة للدين التضامنى كله . فإذا طالب أى منهم المدين كان له أن يطالبه بنسبة نصيبه في هذا الدين التضامنى كله . فلإبن أن يطالب المدين بـ ٢٠٠ جنيه وللبنات أن تطالب المدين بـ ١٠٠ جنيه .

٤- أنه يجوز للمدين أن يدفع مطالبة أى دائن بأوجه الدفع المشتركة بسين الدائنين جميعاً .

تعدد الروابط :

٢٩٧- ويقصد به أنه بالرغم من وحدة الدين إلا أن رابطة مستقلة

تربط كل دائن على حدة بالمدين . ويتفرع على ذلك أنه :

١- قد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين مشوبة بعيب يبطلها فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بهذا العيب في مواجهة هذا الدائن وحده دون غيره من الدائنين . وقد تتصف هذه الرابطة بوصف لا تتصف به الروابط الأخرى ، فلا يكون للمدين أن يتمسك بهذا الوصف أيضاً إلا في مواجهة

(١) وفي هذا المعنى تقضى المادة ٢٨٠ - ٢ بأنه « ومع ذلك لا يحول التضامن

دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين » .

هذا الدائن وحده ^(١) (كما لو كان دينه فى مواجهته مضافا إلى أجل) .

حاصل القول فى هذه الجزئية أن المدين لا يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن الذى يطالبه إلا بأوجه الدفاع الخاصة بهذا الأخير أو المشتركة بين الدائنين جميعا ، دون للدفع الخاصة بغيره من الدائنين . وعلى ذلك صراحة نص للمادة ٢٨١ فقرة ٢ .

٢- أن براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء ، لا يكون من شأنها أن تبرئ ذمته قبل الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن فى الدين التضامنى . (م ١/٢٨٢) .

النيابة التبادلية بين الدائنين فيما ينفعهم :

٢٩٨- ويقصد بها أن أى عمل يقوم به أحد الدائنين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائبا عنهم جميعا فيه . أما ما يأتى من أعمال يمكن أن نسى إلى مركزهم فلا يكون فيه إلا ممثلا لنفسه فقط ^(٢) . ويتفرع على ذلك :

١- أن ما يقوم به أحد الدائنين من إضرار أو مطالبة قضائية المدين أو قطع للتقادم يفيد منه سائر الدائنين . كما يستفيدون من إقرار بالدين يحصل عليه الدائن من مدينه . أو من حكم صدر لهذا الدائن بالأحقية فى الدين ، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن .

(١) وفى هذا المعنى تقضى المادة ٢٨١ - ١ بأنه « يجوز للدائنين المتضامنين ،

مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

(٢) وفى هذا المعنى : تقضى المادة ٢٨٢ - ٢ بأنه « ولا يجوز لأحد الدائنين

المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالآخرين » .

٢- أنه - بالمقابلة - لا يسرى في حق الدائنين النقاد الذي اكتمل في حق أحدهم ، أو الإبراء الذي صدر منه للمدين ، ولا الحكم الذي يحصل عليه هذا الأخير ضد ذلك الدائن . فإن جاز للمدين في كل هذه الحالات أن يتمسك بهذه الدفوع في علاقته بذلك الدائن إلا أنه لا يمكنه أن يحتج بها في مواجهة الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن .

ثانيا : في علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

٢٩٩- لا يتحد الدين إلا في علاقة المدين بالدائنين المتضامنين . أما في علاقة هؤلاء الآخرين فيما بينهم فإن الدين ينقسم بينهم كل بنسبة نصيبه الذي يحدده الاتفاق ، وإلا فالأصل أن أنصباؤهم متساوية ^(١) . ويترتب على ذلك أنه إذا استوفى أحدهم الدين كله أو حتى قدرا منه كان ما استوفاه من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه ^(٢) . كما يتحملون - بنفس النسب - إعسار المدين أو إعسار الدائن الذي استوفى الدين .

(١) وفي هذا المعنى تنص المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(٢) وفي هذا المعنى تنص المادة ٢٨٣ بأن « كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويتحاصون فيه وتكون القسمة بينهم بالتساوي ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

المطلب الثاني

التضامن السلبي (التضامن بين المدنيين)

La solidarité passive

المقصود به :

٣٠٠- يقصد بالتضامن السلبي ، حالة ما إذا تعدد الطرف المدني في الرابطة القانونية بحيث يكون من حق الدائن أن يرجع على أى من المدنيين بالدين كله . وهو نظام بالغ الأهمية بالنسبة للدائن الذى لا يفوته - حين يتعدد المدنيون - أن يشترطه عليهم من حيث تتكاتف بهذا الشكل نهم المدنيين ضمانا للوفاء بحق الدائن الذى لا يخشى فى هذه الحالة مغبة إعسار أحدهم^(١) .

٣٠١- ونظرا لهذا الخطورة فإن هذا النوع من التضامن لا يصح افتراضه ، وإنما يلزم أن يرد به اتفاق قاطع فى الدلالة عليه ويجب أن يؤول الشك إلى نفيه^(٢) ، أو أن يرد به نص فى القانون . بل إن النصوص التى قررتها قد وردت على سبيل الحصر فلا يصح القياس عليها^(٣) (ومثالها نص

(١) فى هذا المعنى : جوجلار (دروم مازو) بند ١٠٥٦ ، كاريونيه ، بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، ستارك بند ١٨٧٦ ، كولان وكابيتان ودى لاموراندوير بند ٤١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٦٨/١/٩ للمجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٣ ص ٢٠ .

(٣) ويجب كذلك لتطبيق هذا التضامن ، أن يطلب للدائن فيه ، الحكم له به ، من محكمة الموضوع ، بشكل واضح صريح ، ولا يكفى أن يشير فى صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئولية مدنيته تكون تضامنية بنص القانون . أنظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٤/٢/٢١ للمجموعة للسنة ٢٥ رقم ٦٤ ص ٢٨٩ (فى =

المادة ١٦٩) بأنه « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر » ^(١)، ^(٢) .

= شأن التضامن المقرر بالمادة ٦٥١ مدنى بين المهندس والمعماري والمقاول فى علاقتهما برب العمل) .

وأنظر ، فى توميع القضاء الفرنسى لفكرة التضامن السلبى :

VINCENT (J) : L'extension de la jurisprudence de la solidarité passive . R . T . 1939 P . 601 - 683 .

(١) أنظر من تطبيقات القضاء المصرى لهذا النص : نقض ١٩٨٠/٣/٤

المجموعة السنة ٣١ رقم ١٣٧ ص ٧٠١ وأنظر فى التضامن فى حالة تعدد الأخطاء مقال :

KAYSER (P) : La solidarité au cas de fautes R . Crit 1931 P . 197-224 .

(٢) ومن أمثلته ، فى القانون المدنى أيضاً ، التضامن بين الفضولين إذا تعددوا

(م ١٩٢) ، والتضامن بين المهندس المعماري والمقاول فى المسؤولية عن تدمر المبني

أو وجود عيوب به تهدد مثله وسلامته (م ٦٥١ وأنظر فى هذا الشأن : مسؤولية

مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، بحث المؤلف ، الناشر دار الفكر

العربى . ط ١٩٨٥ ، خاصة بند ٢٧٤ وما بعدها » ، والتضامن بين الوكلاء إذا تعددوا

(م ٧٠٧ . وأنظر فى تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٧/٥/٣ المجموعة السنة ٢٨

رقم ١٩٣ ص ١١١٨) ، وللتضامن بين الموكلين إذا تعددوا (م ٧١٢) . وأنظر فى

تطبيق لهذا التضامن حكم نقض ١٩٧٩/١/١٨ ، المجموعة للسنة ٣٠ (ع ١) رقم ٦١

ص ٢٩٣) والتضامن بين الوكيل ومن أنابه عنه فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً

له فى ذلك ، والتضامن بين الكفلاء ، فى الكفالة القضائية أو القانونية (م ٧٩٥) ، وفى

القانون التجارى أمثلة كثيرة أخرى ، لا يشع للمقام لعرضها ، أنظر مثلاً (م ٢٢ ،

م ١٣٧ تجارى) ومن أمثلته فى القوانين الخاصة ما تضى به الفقرة ٢ من المادة ١٢٨

من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ، التى تجعل صاحب العمل الجديد

مسئولاً بالتضامن مع أصحاب العمل السابقين ، عن تنفيذ جميع الالتزامات المستحقة

عليهم لهيئة التأمينات الاجتماعية . أنظر من تطبيقات القضاء لهذا للفرض من التضامن :

نقض ١٩٧٨/٣/١٨ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ١٥٥ ص ٧٩٠ =

آثاره :

٣٠٢- وللتضامن بين المدنيين آثاره فى العلاقة بين الدائن والمدنيين المتضامنين ، وفى علاقة هؤلاء الأخيرين فيما بينهم :

أولا : فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ^(١) :

٣٠٣- تهيم على هذه العلاقة نفس المبادئ الثلاثة السابق تناولها فى التضامن الإيجابي . وهى التى تحكم أيضا آثار هذا التضامن فى علاقة الدائن بمدينيه .

(أ) وحدة الدين :

٣٠٤- يقصد بوحدة الدين فى هذه الحالة أن المدنيين ملتزمون فى مواجهة الدائن بدين واحد تتضافر ذممهم المالية فى ضمان الوفاء به له ، بحيث يكون كل منهم ملتزما بوفائه كله ، على أن يرجع بعد ذلك بما أوفاه على باقى للمدينين كل بنسبة حصته . ويتفرع على ذلك :

١- يكون للدائن ، فضلا عن حقه فى مطالبة المدنيين مجتمعين بالدين كله أن يطالب أحدهم به . على أن يراعى - بداهة - فى هذه الحالة الأخيرة ما يلحق رابطته بهذا المدين من وصف يعدل من أثر الدين (م ١/٢٨٥) على ما سنرى عند دراسة آثار تعدد الروابط بين

= ومن أمثلة النصوص التى تقرر التضامن بين المدنيين فى القانون الفرنسى :

المادة ٢٢٠ مدنى (المعلة بقانون ١٢ يولية ١٩٦٥) والتى تقضى بالتضامن بين الزوجين فى سداد القرض الذى يبرمه أى منهما للاتفاق منه على متطلبات حياتهما الأسرية وعلى تعليم أولادهما . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا النص - نقض فرنسى ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ - أ ر - ٢٧٥ وتعليق مارتان) ، والنظر فى تطبيق حالة أخرى من حالات التضامن (المقرر بنص قانونى) بين المدنيين : نقض (تجارى ١٩٨٢/٥/١٩ د . ١٩٨٢ - أ ر - ٣٧٣) .

(١) انظر هاليكور ، رسالة بورديو سابقة الإشارة للصفحات من ٩٨ - ١٦٥ .

الدائن ومدينه المتضامنين .

٢- يكون لأى مدين أن يفى بالدين كله ، ويتعين على الدائن قبول الوفاء منه ، فتتبرأ ذمة المدين الموفى ونظم باقى المدينين . فإذا كان الوفاء جزئيا وقبله الدائن فلا يجوز لهذا الأخير أن يرجع على بقية المدينين إلا بالجزء الباقي من الدين .

٣- يستطيع المدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع هذه المطالبة بالدفع المشتركة بين المدينين جميعا (م ٢/٢٨٥) (كبطلان التصرف المرتب لحق الدائن لعدم مشروعية محله على سبيل المثال) . كما يمكنه أن يتمسك بالوصف الذى يلحق الالتزام فى علاقتهم جميعا بهذا الدائن (كما لو كان للدين - على سبيل المثال - مضافا إلى أجل واقف بالنسبة لهم جميعا) .

٤- لكل مدين أن يدفع فى مواجهة الدائن بأسباب الانقضاء العامة التى تقضى على كل الدين كاستحالة التنفيذ بسبب لجنبى .

(ب) نحدد الروابط :

٣٠٥- بالرغم من وحدة الدين فإن روابط متعددة ومستقلة ترتبط بين

الدائن وكل مدين من مدينه المتضامنين . ويتفرع على ذلك :

١- أنه يجب على الدائن ، حين يختار أحد المدينين للرجوع عليه بكل الدين ، أن يراعى طبيعة الرابطة التى تربطه بهذا المدين بالذات ، فإذا رجع على أحدهم وكانت الرابطة بينه وبين من رجع عليه مشوبة بالبطلان أو يلحقها وصف يعدل من أثر الالتزام كان للمدين أن يتمسك بهذه الدفع فى مواجهة الدائن . حين لا يكون لغيره من المدينين الآخرين ، إذا رجع عليه الدائن ، أن يتمسك بهذه الدفع الخاصة بغيره . أو بعبارة أخرى يكون لكل مدين أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفع المشتركة بين المدينين جميعا أو بالدفع الخاصة به وحده دون الدفع الخاصة بغيره (م ٢/٢٨٥) .

٢- قد ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين دون الآخرين فتبرأ ذمته فى مواجهة الدائن . لكن يبقى من حق هذا الأخير أن يرجع على الباقيين بكل الدين بعد استنزال حصة هذا المدين . على تفصيل فى أسباب الانقضاء نوره فيما يلى :

التجديد :

لا مشكلة إذا اتفق الدائن على التجديد مع المدينين المتضامنين جميعا فعندئذ ينقضى الالتزام القديم ويصبحون مدينين بالتضامن فى الالتزام الجديد .

أما إذا تم التجديد مع أحد المدينين فقط ترتب على ذلك انقضاء الدين القديم بالنسبة للباقيين على أن يرجع عليهم المدين الذى قضى الدين بالتجديد كل بنسبة نصيبه . أما الدائن فليس له أن يرجع بعد ذلك على أى من المدينين الآخرين الذين برئت ذمتهم - بالفرض - من هذا الدين نتيجة انقضائه بالتجديد (م ٢٨٦) ، اللهم إلا إذا كان قد احتفظ - عند التجديد - بحقه قبلهم (م ٢٨٦) . أو بعبارة أخرى إلا إذا قصد استبقاء الدين القديم فى علاقته بهؤلاء المدينين ، وعندئذ يمكنه الرجوع على أى منهم بكل الدين القديم بعد استنزال حصة المدين الذى تم للتجديد معه .

المقاصة :

قد ينقضى الدين بالمقاصة القانونية بين الدائن وأحد المدينين وعندئذ لا يستطيع الدائن أن يتخير هذا المدين بالذات للرجوع عليه وإلا تمسك هذا الأخير فى مواجهته بانقضاء الدين كله بالمقاصة ، ويكون لهذا المدين - وقد قضى الدين كله بهذا الشكل - أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته . أما إذا اختار الدائن مدينا آخر ورجع عليه بكل الدين ، فإن هذا المدين

لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن والمدين الآخر المتضامن إلا بقدر حصة هذا الأخير في الدين كله . ويتعين عليه أن يفي بالباقي للدائن . (م ٢٨٧) .

اتحاد للذمة :

إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد المدينين المتضامين وكان الدائن هو الذي توفي فورثه هذا المدين ، فنقضى الدين بنسبة حصة هذا المدين وكان لهذا الأخير - وقد حل محل الدائن - أن يرجع على باقي المدينين بالدين كله بعد استئزال حصته التي اتحدت للذمة فيها . (م ٢٨٨) .

أما على العكس إذا كان أحد المدينين هو الذي توفي فورثه الدائن فقد كان من المفروض أن تتحد الذمة في شخص الدائن ، فينقضى الدين بنسبة حصة المدين الذي توفي ، بحيث يكون للدائن أن يرجع على أى من الباقيين بالدين كله ، بعد استئزال الحصة التي اتحدت فيها الذمة . ولكن وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضى بأنه « لا تركة إلا بعد مداد الدين » يكون للدائن أن يرجع على أى من المدينين الباقيين بالدين كله ، فإذا وفاه رجع على باقي المدينين وعلى تركة المدين المتوفى كل بنسبة حصته في الدين .

الإبراء (١) :

لا مشكلة إذا أبرأ الدائن المدينين جميعاً ، فعندئذ سوف ينقضى الدين التضامنى كله بالإبراء . غير أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين فقط :

أ- فإذا أبرأه من الدين ذاته : لم يعد من حقه بعد ذلك أن يختار الرجوع بالدين على هذا المدين بالذات ، وإنما يكون له أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بالدين كله بعد استئزال حصة المدين الذى أبرأه .

إلا إذا كان للدائن قد احتفظ ، عند إبراء المدين ، بحقه في الرجوع على باقيهم بكل الدين . عندئذ لا يستطيع أى من الباقيين أن يتمسك

(١) انظر المواد ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ منى .

بهذا الإبراء . فيكون عليه أن ينقع الدين كله ثم يرجع بعد ذلك على باقي المدينين ومنهم المدين المبرأ كل بنسبة حصته . ومن ثم فلا يكون للإبراء الذي تم في مواجهة أحد المدينين من أثر إلا في منع الدائن من مطالبته .

وعلى أية حال ، فإذا رجع من وفي الدين التضاملي كله ، بعد استئصال حصة المدين المبرأ ، على باقي المدينين ووجد أحدهم معسرا كان له أن يرجع على المدين المبرأ بنصيبه في حصة المدين للمعسر ، إلا إذا كان الدائن قد أعفى للمدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، فعندئذ يتحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين في حصة المعسر .

ب- أما إذا أبرأه من التضامن فقط ، فلا يعد من حق الدائن أن يرجع على هذا المدين إلا بقدر حصته فقط . إنما يحق له أن يختار أي من المدينين الآخرين ليرجع عليه بالدين كله . فإذا أوفاه هذا الأخير رجع على باقي المدينين ، ومنهم المدين الذي أبرأه من التضامن كل بنسبة حصته . فإذا وجد أحدهم عند الرجوع عليه معسرا تحمل كل من الباقين - ومنهم المدين المبرأ - نصيبه في حصة المعسر .

ج- فإذا فرض وكان هذا المدين الذي أبرأه للدائن ، هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، وكان الدائن يعلم ذلك « فليس له - أي دائر - أن يرجع بعد ذلك بشيء على المدينين الآخرين . ذلك أنه إذا رجع على أحد منهم ، كان لهذا أن يرجع على صاحب المصلحة بالرغم من إبرائه ، فتتعدم الفائدة من هذا الإبراء » (١) . وفي الواقع ، يعتبر الدائن في هذه الحالة ، في حكم من أبرأ المدينين جميعا ما دام أنه يجب ، بمقتضى المادة ٢٢٩ ، وكما سنرى فيما بعد ، « إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب

(١) نقض ١٦/٤/١٩٧٩ للمجموعة السنة ٣٠ (ع ٣) رقم ٢١١ ص ١٤٣ .

المصلحة في الدين « أن » ينحمل به كله نحو الباقيين » .

التقادم :

إذا تقادم الدين في العلاقة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين ^(١) ، فلا يكون له أن يرجع على هذا المدين ، وإنما يكون له الرجوع على أي من الباقيين بكل الدين بعد استئصال حصة المدين التي انقضت بالتقادم ^(٢) (وفي هذا المعنى نص للمادة ١/٢٩٢) . فإذا وفاه أحدهم رجع على بقية المدينين . فإذا وجد أحدهم معسرا تحمل كل منهم ، ومنهم (أو بمن فيهم) المدين الذي انقضى دينه بالتقادم ، نصيبه في حصة المعسر .

(١) وتقادم الدين في العلاقة بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين دون سائرهم ، أمر متصور في الحقيقة ، بالنظر إلى ما سبق أن أشرنا إليه من تحدد الروابط التي تربط الدائن بكل مدين منهم ، وإمكان أن تنصف إحدى هذه الروابط بوصف لا تنصف به الروابط الأخرى . بما يتصور معه أن يكون للترام أحد المدينين منجزا ، مثلاً ، حين أن التزام الباقيين موجد . ولما كان للتقادم لا يبدأ -- بالفرض -- في السريان إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، فسوف يترتب على ذلك في هذا المثال : أن تكتمل مدة التقادم بالنسبة لهذا المدين قبل أن تكتمل بالنسبة للباقيين . كذلك قد ينقطع التقادم أو يقف سريانه في العلاقة بين الدائن وأحد المدينين ، حين يستمر سريانه بالنسبة لمدين آخر ، وفي هذه الحالة ، سنكتمل مدة التقادم بالنسبة لهذا الأخير ، قبل اكتمالها في شأن من انقطع التقادم أو توقف في حقه .

(٢) فإذا كان قد رجع عليه بكل الدين دون استئصال هذه الحصة ، جاز له أن يدفع هذا الرجوع بالتقادم الدين بمقدارها . في هذا المعنى نقض ١٩٦٨/٤/٢ المجموعة السنة ١٩ (ع د) رقم ١٠١ ص ٦٨٩ ، وإن كانت المحكمة قد استدركت قائله : « إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع ، فلن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به » . وقد أسست هذا الاستدراك على نص المادة ٣٨٧-١ (التي تقضى بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب للمدين أو . . . أو أي شخص له مصلحة فيه » ، حيث فهمت منه أن إيداء الدفع بالتقادم - فضلاً عن أنه يقتصر على من له مصلحة فيه - فإنه لا ينتج أثره « إلا في حق من تمسك به » . وهو فهم محل نظر ، إذ يخالف ، فيما نعتقد ، مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين في كل ما ينفعهم .

(ج) النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم ^(١) :

(١) ووجود هذا النوع من النيابة بين المدينين المتعدين ، ولو كانت (أى هذه النيابة) ، مقصورة على ما ينفعهم ، هو أحد الفوارق المهمة التى تميز بين التضامن السلبى وما يعرف بالالتزام التضامى L'obligation in solidum ، الذى تعدم فيه ، على العكس ، مثل هذه النيابة بين المدينين المتضامنين ، حتى فيما ينفعهم ، حيث لا توجد فى الحقیقة مصلحة مشتركة بينهم تبررها .

ويقصد بالالتزام التضامى ، تلك الحالة التى يكون فيها عدة أشخاص مسئولين فى مواجهة للدائن عن دين واحد ، كل منهم يلتزم به كله ، ولكن بسبب (أو مصدر) مختلف (أو مستقل) عن سبب للترام الآخرين به . ومن أمثله الشهيرة فى القانون الفرنسى ، تضامم المهندس المعماري والمعاول فى المسؤولية عن تهمد البناء أو عما يظهر به من عيوب تهدد متانته أو تجعله غير صالح للغرض الذى أنشئ من أجله (م ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى ، حيث يربط المهندس والمعاول كل منهما بعقد منفصل . مع رب العمل (أنظر بحث المؤلف سابق الإشارة إليه ، وعلى الأخص البنود من ٢٧٩ - ٢٨٨) . أما مصر : فإن مسؤولية المهندس المعماري والمعاول هى مسؤولية تضامنية بمقتضى صريح نص المادة ٦٥١ مدنى .

ويمكن أن تمثل للالتزام التضامى فى مصر ، بمسؤولية العامل الذى يخل بالتزامه العقدى فى مواجهة رب العمل ، وذلك بتحريض من رب عمل آخر ، حيث تجتسع مسؤولية المحرض التصديرية مع مسؤولية العامل العقيدية ، ومن ثم بتضامان فى التزامهما بتعويض ما ترتب على ذلك من ضرر لرب العمل . ويكون من ثم كل منهما مسئولا عن هذا التعويض بأكمله .

ولعل انعدام النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين حتى فيما ينفع ، هو الذى يقف وراء نعت هذا النوع من الالتزام ، من قبل بعض الشراح ، بـ التضامن الناقص La solidarité imparfaite ، أنظر مثلا : كاريوبيه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، مارتى وريجو بند ٧٧٧ ، جوجار (دروم مازو) بند ١٠٥٦ ، وراجع فى دراسة وإفهام لفكرة التضامن الناقص :

N. IOANID (N) : De la solidarité imparfaite . Thèse paris 1902 .

وراجع فى الالتزام التضامى بوجه عام : =

٣٠٦- مضمون هذه النيابة كما سبق أن ذكرنا في التضامن الإيجابي - أن أى عمل يقوم به أحد المدينين ويكون من شأنه أن يفيد سائرهم يعتبر نائباً عنهم فيه دون ما يضرهم من الأعمال . ويتفرع على ذلك :

١- إذا وجه أحد المدينين إلى الدائن إذاراً ، استفاد منه باقى المدينين . أما إذا كان الدائن هو الذى وجه الإذار لأحدهم أو طالبه قضائياً فلا يضار الباقيون . (م ٢٩٣) .

٢- إذا انقطع التقادم أو توقف بالنسبة لأحد المدينين فإنه يظل سارياً بالنسبة للباقيين بما يعنى أن الدائن لا يمكنه أن يتمسك بهذا الانقطاع أو هذا الوقف قبل باقى المدينين (م ٢/٢٩٢) . وإذا لم يتمسك أحد المدينين بالتقادم بقى من حق الباقيين أن يتمسكوا به .

= MEURISSE (R) : Le déclin de l'obligation in solidum . D . 1962 - chr - P . 243 à 246 : CHABAS (F) : Remarques sur l'obligation in solidum R T . 1967 P . 310 .

جوجلار (دروس ملزو) البنود ١٠٧٠ إلى ١٠٧٢ ، ستارك البنود ١٨٨٣ إلى ١٨٨٦ ، ملرتى ورينو البنود ٧٩٧ إلى ٨٠٠ ، وفى مصر : د . السنهورى ج ٣ بند ١٧٦ ، د . إسماعيل غانم ١٥٩ ، وأنظر من تطبيقات القضاء المصرى للالتزام التضامى : نقض ١٩٦٨/٣/٢١ للمجموعة السنة ١٩ (ع ١) رقم ٨٥ ص ٥٦٩ ، نقض ١٩٦٧/١١/٢١ للمجموعة السنة ١٨ (ع ٤) رقم ٢٥٩ ص ١٧١٧ (وقد جاء فى هذا الحكم أن : مقتضى التضام نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً ، أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين . ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما . ولأنه إنما دفع عن نفسه) . والحكم ، فى جزئه الأخير المتعلق بعدم جواز رجوع المتضامن الموفى على المدين الآخر ، محل نظر فهذا الرجوع جائز فى الحقيقة ، نقض ١٩٦٦/٢/١٧ للمجموعة السنة ١٧ (ع ١) رقم ٤٦ ص ٣٢٩ .

٣- إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين ، فإن هذا الصلح ينفذ في حق بقية المدينين بالقدر الذى ينفعهم . أما إذا انطوى هذا الصلح على ما يضرهم ، فلا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) .

٤- قرر أحد المدينين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق السابقين ^(١) . (م ١/٢٩٥) أما - على العكس - إذا أقر الدائن لأحد المدينين المتضامنين ، كان لبقية المدينين أن يفيدوا من هذا الإقرار .

٥- إذا وجه الدائن اليمين الحاسمة إلى أحد المدينين وحلفها فخرس الدائن بذلك دعواه ، استفاد من ذلك باقى المدينين . أما إذا نكل عنها فخرس دعواه ، فلا يضار الباقيون بنكوله . أما إذا كان أحد المدينين هو الذى وجه اليمين إلى الدائن فحلفها فكسب بذلك دعواه ، فلا يحتج على باقى المدينين بهذا الحلف . أما إذا نكل عنها الدائن فخرس دعواه استفاد الباقيون من هذا النكل . (م ٢/٢٩٥ ، ٣) .

٦- إذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين خطأ فى تنفيذ للترامه فإنه وحده الذى يسأل عنه دون باقى المدينين . وفى هذا المعنى تقضى المادة ١/٢٩٣ بأنه « لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » .

ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على أساس من المبادئ العامة فى المسؤولية ^(٢) وليس - كما يذهب واضعو المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) أنظر ، من تطبيقات القضاء ، لهذا الفرص : نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة لسنة ١٧ (ع ٤) رقم ٢٤٢ ص ١٧٠٥ .

(٢) من هذا رأى د . محمود جمال الدين زكى بند ٤٩٧ ، وفرب د . سليمان مرقس بند ٢٧٧ .

التمهيدى (١) - على أساس من استبعاد النية التبادلية حين يسئ إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين (٢) . حيث إن النية لا تكون إلا فى التصرفات القانونية ولا شأن لها بالأعمال المالية (٣) .

غير أن قصر المسؤولية عن الخطأ ، الذى يرتكبه أحد المدينين فى تنفيذه للالتزامه ، على هذا المدين المخطئ وحده ، يقتضى إيضاحاً فى الفرض الذى يتمثل فيه هذا الخطأ فى التسبب فى هلاك الشيء الذى كان من الواجب أدائه للدائن . فقد اعتقد بعض الشراح أن هذا الخطأ المؤدى إلى هلاك الشيء ومن ثم إلى استحالة أدائه للدائن ، يؤدى إلى براءة نمة باقى المدينين براءة تامة ، بصين هذا الخطأ بشكل سببا أجنبيا بالنسبة لهم . ومن ثم فإنهم لا يملأون فى مواجهة الدائن ، ولا حتى عن قيمة الشيء ، الذى هلك ، إذ تقتصر المسؤولية عن هذه القيمة ، وكذلك عن جميع عناصر الضرر الأخرى التى يمكن أن تصيب الدائن من جراء عدم حصوله على هذا الشيء على المدين المخطئ وحده (٤) .

وإعفاء المدينين المتضامنين من التزامهم بدفع قيمة الشيء الذى هلك ، هو حكم يتنافى وفكرة التضامن الذى يهدف فى الحقيقة إلى

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٨٦ .

(٢) من هذا رأى : د . السنيورى ج ٣ بند ١٩٧ ، د . شمس الدين الوكيل ص ٢٥٠ ، د . الصده بند ٦٨ ، د . عبدود يحيى بند ١١١ ، وقرب د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٧٠ ، د . جميل الشراوى بند ٦٤ ص ٢١٣ .

(٣) لمزيد من التفاصيل فى أسانيد هذا رأى : د . محمود جمال الدين زكى

بند ٤٩٧ .

(٤) من هذا رأى : د . إسماعيل غانم بند ١٧٣ . هامش ٢ من ص ٣٣٢ ،

٣٣٣ ، وقرب د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٧٠ .

تأميز، الدائن من خطر إفسار أحد المدينين ، إذ « قى القول بمساعدة المدين المخطئ وحده عن قيمة الشيء الهالك ، ما يعرض السدائن لخطر ضياع حقه ، إذا كان هذا المدين معسراً »^(١) . ومن ثم فإننا نعتقد مع البعض الآخر من الشراح^(٢) بوجود التمييز بين قيمة الشيء الذى هلك ، وعناصر الضرر الأخرى^(٣) ، حين يبقى جميع المدينين مسئولين بالتضامن عن الوفاء بهذه القيمة . أما بقية عناصر الضرر الأخرى فيسأل عن تعويضها المدين المخطئ وحده . وليس فى هذا الحل ما يتنافى واستبعاد النيابة التبادلية بين المدينين فيما يضر « إذ لن يترتب على إلزامهم بقيمة الشيء الهالك زيادة فى عبء الالتزام بالنسبة لهم »^(٤) .

٧- الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لا يكون حجة على باقيهم . أما الحكم الذى يصدر لصالحه فإن لهم جميعاً أن يقبلوا منه^(٥) . إلا إذا كان مبيناً على أسباب تتعلق بشخص المدين الذى صدر لصالحه . (م ٢٩٦) .

(١) د . أنور سلطان بند ٣٠٠ .

(٢) د . أنور سلطان ، الإشارة السابقة ، د . عبدالحى جسنزى أشار إليه

د . سلطان ص ٢٩٢ هامش ٢ . الصده بند ٦٨ ، د . عبدالود يحيى بند ١١١ .

(٣) كالمصاريف التى أنفقها الدائن فى إبرام العقد ، وما فاتته من ربح بسبب عدم حصوله على الشيء .

(٤) د . أنور سلطان بند ٣٠٠ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض المصرية . بأن الاستئناف للمرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعدددهم . وأن المدينين المتضامنين يقوم بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأروحه الدفع المشتركة بينهم : نفى ١٩٧١/٤/٢٢ المجموعة لسنة ٢٢ رقم ٧٦ ص ٥٢٩ .

ثانيا : فى علاقة المدنيين فيما بينهم^(١):

٣٠٧- إذا كان المدنيون يتضامنون فى الوفاء بحق الدائن ، فإن الدين فيما بينهم ينقسم ، بحيث إذا وفاه أى منهم كان له أن يرجع على باقى المدنيين كل بنسبة حصته . كما يتحمل كل منهم أيضا نصيبه فى حصة المعسر منهم . (م ٢٩٨) . وكذلك الحال لو قضى أحد المدنيين الدين كله بطريق معادل للوفاء كالمقاصة أو للتجديد .

والأصل أن تكون حصص المدنيين المتضامنين متساوية ، ما لم يرد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك^(٢) (م ٢/٢٩٧) ، أو كان أحد المدنيين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فعندئذ يتحمل هو وحده الدين كله^(٣) (م ٢٩٩) . فإذا كان الدائن قد رجع عليه هو ، فلا يكون له بعد أن يفى أن يرجع على أى من الباقيين . وإذا كان قد رجع على غيره ، كان لمن أوفى^(٤) أن يرجع على هذا للمدين وحده بكل ما أوفاه^(٥) .

(١) أنظر فى هذا الشأن رسالة هاليكور سابقة الإشارة . الصفحات من ٨٦ إلى

٩٧ .

(٢) أنظر نقض ١٩٧٣/٣/٩ . للمجموعة السنة ٢٣ (ع ١) رقم ٥٧ ص ٣٦٤ .

(٣) أنظر من تطبيقات القضاء لهذا الفرض : نقض ١٩٧٥/١/٢٧ للمجموعة

السنة ٢٦ رقم ٥٨ ص ٢٥٧ .

(٤)،(٥) وتطبيقا لهذا الفرض ، جاء فى حكم لمحكمة النقض المصرية أنه « لأن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره من المدنيين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن ، إلا أنه لا يجوز لغيره من المدنيين المتضامنين ، الرجوع عليه بهذا الدين ، إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن . ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذا الأحكام » . نقض ١٩٧٦/٥/٣ للمجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٠٢ ص ١٠٥٦ .

٣٠٨- والمدین الموفی حین یرجع علی باقی المدینین : إما أن یرجع علیهم بدعوى شخصية أو یرجع علیهم بدعوى الحلول ، حین یحل محل الدائن الذی وفاه فی رجوعه علی باقی المدینین ، وهذا أفضل بالنسبة له ، حیث تمكنه دعوى الحلول من الإفادة من التأمینات الّتی كانت تضمن حق الدائن ^(١) . لکنه فی هذه الحالة الأخيرة لا یرجع علی أى من الباقین إلا بقدر حصته فی الدین ^(٢) (م ١/٢٩٧) .

المبحث الثانی

عدم القابلية للانقسام

L'indivisibilité

المقصود به ، وأسبابه :

٣٠٩- یقصد بعدم القابلية للانقسام ، كوصف للالتزام ، حالة ما إذا كان من الواجب تنفیذ الالتزام كوحدة ولحده أو جملة واحدة ، دون أن ینقسم علی أطرافه المتعديّین ، رغم عدم وجود تضامن بینهم فیهِ ، وذلك خلافا للأصل الذی یوجب انقسام الدین فی هذه الحالة ما دام لا یوجد تضامن بین أطرافه المتعديّین . ویعنی عدم الانقسام أن کل مدین - إذا كان التعدد فی المدینین - یكون ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً ، وأن لكل دائن - إذا كان التعدد فی الدائنین - أن یطالب بأدائه كاملاً .

٣١٠- وترجع عدم قابلية التزام ما للانقسام إلى أحد سببین : إما إلى طبيعة محله ، حین یقال فی هذه الحالة أن هناك عدم انقسام طبيعياً ، أو

(١) فی هذا المعنى : جوجلر (دروس مازو) بند ١٠٦٨ ، مارتی ورینو بند ٧٩١ .

(٢) فی هذا المعنى ، جوجلر ، الإشارة السابقة .

لاشترط عدم تنفيذه منقسماً ، حين يقال في هذه الحالة أن هناك عدم انقسام اتفاقياً أو مشروطاً .

(أ) فأما عدم الانقسام الطبيعي ، فمرجعه إلى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم ، إما لأن هذا المحل لا تتصور تجزئته ، كما هو الحال في الالتزام بتسليم حيوان ما حياً مثلاً ، حين توصف بعدم القابلية للانقسام هنا بأنها مطلقة ، أو لأنه - مع إمكان تصوّره مجزئاً - قد نظر إليه في العقد بحسابه كلاً واحداً لا يقبل هذه التجزئة ، كما هو الحال مثلاً في التزام مقاولين ببناء منزل ^(١) ، حين توصف بعدم القابلية للانقسام هنا بأنها مجرد نسبية ^(٢) .

وتتحقق عدم القابلية للانقسام المطلقة - كقاعدة عامة ، إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل ^(٣) ، إذ لا يتصور أن يتجزأ هذا الامتناع على المدينين المتعدين « لأن كل عمل مخالف للامتناع موضوع الالتزام يتضمن مخالفة لهذا الالتزام » ^(٤) ، كالتزام مجموعة بائعين لمحل تجارى بعدم منافسة المشتري . كما أن من الالتزام بعمل ما يتصور أن يكون غير قابل للانقسام بسبب طبيعته هذا

(١) في هذا المعنى : مارتى وريو ٧٧٠ ، كاربونيه بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر أيضاً د . إسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٢) وتقدير وجود هذه الصورة من عدم الانقسام ، هو - بداية - من إطلاقات محكمة الموضوع . أنظر في هذا المعنى : مارتى وريو بند ٧٧٠ ص ٧٧٦ والأحكام المشار إليها في هذا للموضع هامش ٢ .

(٣) في هذا المعنى : كولان وكليتان ودي لاموراندبيرر بند ٤٣٤ ، مارتى وريو بند ٧٧٠ ، أنظر أيضاً د . إسماعيل غانم بند ١٨٥ .

(٤) كولان وكليتان ودي لاموراندبيرر بند ٤٣٤ .

العمل^(١) ، كالتزام بتسليم حيوان حيا . أما الالتزام بنقل حق عيني أو إنشاء هذا الحق ، أى الالتزام بإعطاء ، فيندر فى الواقع أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله ، لأن الوفاء الجزئى به — حتى فى الحالات التى يكون فيها الشيء ، محله ، غير قابل للجزئنة المادية — يظل أمرا ممكنا وذلك بأن تنقل للدائن حصة شائعة فى الشيء بدلا من الحق كاملاً^(٢) .

وتتحقق عدم القابلية للانقسام النسبية ، كما قلنا ، فى كل مرة يكون محل الالتزام فيها غير قابل لأن ينقسم بسبب نظرة المتعاقدين إليه ككل لا ينقسم .

(ب) وأما عدم الانقسام المشروط^(٣) ، فإنه لا يرجع إلى أن طبيعة

- (١) ويرى مارتى ورينو أن « معظم » صور الالتزام بعمل ، تكون كذلك ، أنظر بند ٧٧٠ ، وفى نفس المعنى : كولان وكليبتان ودى لاموراندبيرر بند ٤٣٤ .
- (٢) فى هذا المعنى ، مارتى ورينو بند ٧٧٠ . ومن الأمثلة العملية النادرة له ، والتى تحظى بتسليم للفقهاء : الالتزام بتقرير حق ارتفاق . أنظر مثلا : مارتى ورينو بند ٧٧٠ ، كولان وكليبتان ودى لاموراندبيرر بند ٤٣٤ ، د . إسماعيل غانم ص ٣٤٧ هامش ١ . كما يمثل بعض الشراح لذلك أيضا بالالتزام بترتيب حق رهن : أنظر : كولان وكليبتان ودى لاموراندبيرر ، الإشارة السابقة ، د . للسهرورى ج ٣ بلد ٢١١ ، د . عبدالفتاح عبدالباقى بند ١٩٥ ، ونقض مصرى ١٩٧٣/٧/١١ المجموعة ٢٤-١٧٣-١٠٠٠ ، وانظر عكس ذلك ، وأن قاعدة عدم تجزئة الرهن المقررة بالمادة ١٠٤١ مدنى لا شأن لها بالالتزام بإنشائه ، إذ يصح أن يقرر الرهن على حصة شائعة فى عقار ، د . إسماعيل غانم ، الإشارة السابقة ، وفى نفس الاتجاه العكسى : د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٠٩ .

(٣) ويصف كابوتيه عدم قابلية الالتزام للانقسام فى هذا الفرض ، بأنها عرضية ، بند ١٣٤ ص ٤٩٣ ، وانظر ، بوجه عام ، فى هذا الموضوع :

J . BOULANGER : Usage et abus de la notion d'indivisibilité R. T 1950 P . 1 et s .

المحل لا تقبل الانقسام مطلقاً أو نسبياً على التحديد السابق ، وإنما إلى مجرد الاتفاق على عدم تنفيذ الالتزام مقسماً . هذا الاتفاق الذى قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلصه قاضى الموضوع من ظروف التعاقد ^(١) وبخاصة من الغرض المقصود من الالتزام . ومثاله ، ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية من شراء أحد الأشخاص قطعة أرض من عدة ملاك حين كان مفهوماً من العقد أنه قد قصد أن يقيم عليها مصنعا ، إذ لا يجوز فى هذه الحالة أن يتم الوفاء من كل مالك بقدر حصته للشائعة ، بل يلزم الوفاء بالكل ^(٢) .

ويغلب فى عدم الانقسام الاتفاقى أن يكون مشروطاً لمصلحة الدائن . على أنه قد يكون مشروطاً فى بعض الأحيان لمصلحة للمدين فلا يجبر هذا الأخير ، عندئذ ، على تقسيم الوفاء على الدائنين المتعدين .

* * *

- ٣١١- قد لخصت أسباب عدم قابلية التزام ما للانقسام المادة ٣٠٠ مدنى ، حين قضت بأنه « يكون الالتزام غير قابل للانقسام :
- (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .
- (ب) إذا تبين من الغرض الذى رُمى إليه المتعاقدان إن الالتزام

(١) فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٥/٢٥ للمجموعة ٢٩ - ٢٥٩ - ١٣٢٨ ، وفى فرنسا قضت محكمة النقض بأن الالتزام يدفع مبلغ من النقود لا يكون بذاته غير قابل للانقسام . وأنه لا يمكن استخلاص عدم قابليته لهذا الانقسام من مجرد كونه قد حدد حصة فى العقد ، غير اشترط أن يكرر على كل من المدينين به دفع نصف هذا المبلغ . أنظر نقض ١٩٨٤/١/١١ (د . ١٩٨٤ - ١ - ٢٧٥ وتعليق مارتان) .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ح ٣ ص ١٠١ .

لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » .
آثار عدم القابلية للانقسام :

٣١٢- لا تظهر أهمية عدم القابلية للانقسام إلا عندما يتعدد الدائنون أو المدينون ^(١) ، أما إذا كانت الرابطة القانونية تجمع بين دائن واحد ومدين واحد ، فإن القاعدة نفسها ، كما منفصله في موضوع لاحق ، هي عدم جواز تجزئة الوفاء ، بمعنى أنه لا يجوز إجبار الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه ، حتى ولو كان محل الالتزام قابلا لأن ينقسم .

٣١٣- فإذا كان للتعدد فى المدينين « كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا (م ١/٣٠١) ، بما يعنى أن من حق للدائن الرجوع على أيهم به كله » وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقيين كل بقدر حصته ، إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك « (م ٢/٣٠١) . كما لو كان أحد المدينين مثلا هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله وحده .

٣١٤- وإذا كان للتعدد فى الدائنين : سواء كان هذا التعدد ابتداء (أى عند نشأة الرابطة القانونية) أو وقع لاحقا (كما لو تعدد ورثة من كان بمفرده دائنا فى هذه الرابطة) ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين ، أو إيداع الشيء محل الالتزام (م ١/٣٠٢) . هذا عن أثر عدم القابلية للانقسام فى علاقتهم بالمدين . أما فى العلاقة فيما بينهم ، فإن للدائنين الآخرين يرجعون « على الدائن الذى

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٧/٣/١٩٧٩ المجموعة ٢٠ (ع ١) -
١٥٤ - ٨٣٩ ، وانظر أيضا : مشترك بند ١٨٨٨ ، ملوتى وريثو بند ٧٦٨ .

استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته « (م ٢/٣٠٢) .

أوجه الاختلاف بين عدم القابلية للانقسام ، والتضامن^(١):

٣١٥- بدا من آثار عدم القابلية للانقسام على نحو ما عرضناه كيف تقترب إلى حد كبير من آثار التضامن . لكن يبقى ، مع ذلك ، فارقان جوهريان بين هذين النظامين :

فمن ناحية : بينما أن التضامن بين المدنيين يمتد ليشمل ، إلى جانب تضامنهم في التنفيذ العيني للالتزام ، تضامنهم في الالتزام بالتعويض نتيجة إخلالهم بهذا التنفيذ ، فإن عدم الانقسام الطبيعي للالتزام ، وهو يرجع إلى طبيعة محله نفسها ، إنما ينحصر - بداية - في فرض تنفيذه عينا . أما التعويض عن الإخلال بهذا التنفيذ ، وهو يتمثل - بالفرض - في مبلغ من النقود ، فإنه ينقسم على المدنيين المتعددين . لأن للنقد طبيعته نفسها ، من يقل هذا الانقسام^(٢) . ويظهر من ذلك إلى حد يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفى بعدم قابلية الالتزام للانقسام ، وإنما أن يشترط التضامن بين مدنيه المتعددين .

ومن ناحية أخرى : بينما يظل الالتزام غير القابل للانقسام (بطبيعته أو بالاشتراط) محتفظا بهذه الصفة إذا توفى الدائن فيه فورته متعددون^(٣) ،

(١) لمزيد من التفاصيل في أوجه الاختلاف بين النظامين راجع : ستارك ، البندان ١٨٨٩ ، ١٨٩٠ ، جوسران بند ٨٠١ .

(٢) في هذا المعنى : جوجلر (دروس مازو) بند ١٠٧٥ بند ١٠٧٥ ، وأنظر نقض مصري ١٩٦٦/٢/١٧ للمجموعة ١٧ (ع ١) - ٤٦ - ٣٢٩ ، ونقض فرنسى ١٩٣٣/٣/١٤ (د . ١٩٣٣ ص ٢٣٤) .

(٣) ويمتد نفس الحكم في القانون الفرنسى إلى الفرض الذي يستوفى فيه أحد المدنيين ، حين لا ينقسم الالتزام أيضا على ورثته ، بما يعنى أن بإمكان الدائن أن =

حيث يجوز لكل وارث كما قلنا أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً (م ١/٣٠٢)
فإن التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام ، لا يحول كما بينا في
موضع سابق ، « دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين »
(م ٢/٢٨٠) .

= يرجع على أي من هؤلاء الورثة بالدين كاملاً . ويرى جوجار في هذا الحكم ،
الفائدة الرئيسية من فكرة عدم الانقسام ، بند ٢٠٧٦ ، وفي نفس المعنى : مارتى ورينو
بند ٧٧١ .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

تمهيد :

٣١٦- يقصد بانتقال الالتزام ، تغير أحد أطراف الرابطة القانونية بحلول غيره محله ، فى ذات هذه الرابطة ، ومع الإبقاء عليها ، وهو بهذا الشكل يختلف عن بعض صور انقضاء الالتزام التى يترتب على تغير أحد أطراف الرابطة القانونية فيها انقضاء الالتزام الأصلى وحلول التزام جديد محله (كما هو الحال فى التجديد والإثابة)^(١) .

٣١٧- ويقع انتقال الالتزام : إما بسبب الوفاة ، حين يخضع لأحكام الإرث والوصية ، أو بين الأحياء حين يسمى بالحوالة . فإذا أصاب التغيير شخص الدائن كنا بصدد حوالة حق^(٢) ، أما إذا تناول

(١) انظر فى تفصيل الفرق بين حوالة الحق ، وهذه الأنظمة ، وكذلك بينها والوفاء مع الحثوث ، والتأخرات لمصلحة الغير : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٧٦ ، مارتى وريو بند ٨٠٣ ، ، السجورى ج ٢ ، البنود من ٢٤٢ - ٢٤٤ .

(٢) ولم ينظم للقانون المبنى للفرنسى سوى هذا النوع من الحوالة فقط ، وذلك فى المواد من ١٦٨٩ - ١٦٩٥ . وقد عالجها - بهذه المواد - فى الباب المخصص لعقد البيع . راجع فى نقد هذا المنهج ، تأسيسا على أن حوالة الحق يمكن أن تتم على سبيل التبرع ، ويمكن أن يكون المقصود منها هو الوفاء بمقابل : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٥٧ .

أما حوالة الدين ، فلم ينظمها المشرع للفرنسى . ويصف بعض الشراح الفرنسيين التطبيقات الاستثنائية التى استعان فيها المشرع بهذه الفكرة ، بأنها تطبيقات « نادرة » . أنظر جوجلار بند ١٢٨١ .

ويثور التساؤل فى فرنسا عما إذا كان سكوت المشرع عن تنظيم هذا النوع من الحوالة ، يعنى عدم جواز التراضى على انتقال الدين إلى مدين آخر ولو بموافقة الدائن على هذا الانتقال ؟ السعير يجيب على ذلك بالإيجاب ، مؤكدا أن سكوت المشرع =

التغيير شخص المدين كنا بصدد حوالة دين . ونخصص لكل من نوعي الحوالة فصلا مستقلا .

« عن تنظيم هذا النوع من الحوالة هو « سكوت مقصود » . أنظر جوجلار بند ١٢٨١ ، فيما يؤمن البعض وجهة النظر العكسية ، فأسيمما على أن مبدأ حرية الاتفاقات يكفى لتبرير مثل هذه العملية للقانونية ، شريطة أن يوافق الدائن على هذا الانتقال أنظر : مارتي وريزو بند ٨٠٢ ، وأنظر أيضا : محكمة ستراسبورج الابتدائية (الاستئنافية) : ١٩٧١/٣/٢٤ (د . ١٩٧٣ - ١٦ وتعليق لاروميه ، ر . ت ، ١٩٧٢ - ٧٧٧ وتعليق لوسوران) .

الفصل الأول

حوالة الحق

Cession de créance

تعريفها : والغرض منها ^(١) :

٣١٨- حوالة الحق عقد ، ينقل الدائن بموجبه ، ذات الحق الذي له في مواجهة المدين ، إلى شخص آخر ، حين يسمى الدائن الأصلي بالمحيل ، والدائن الجديد المحال له ، والمدين بالمحال عليه .

٣١٩- وقد ينقل الدائن حقه لغيره دون مقابل ، حين تكون الحوالة بقصد التبرع ، فتأخذ حكم الهبة وتخضع لأحكامها ^(٢) . وقد ينقله بعوض فتأخذ الحوالة حكم البيع : ويقع ذلك حين يقصد الدائن بحق مؤجل ، أن يحيل هذا الحق لآخر مقابل الحصول منه على ثمن عاجل ، وإن كان أقل مما له في مواجهة المدين . وقد يقصد الدائن بالحوالة ، أن يفي بها دينا عليه للمحال له ، فتأخذ الحوالة حكم الوفاء بمقابل .

تقسيم :

نقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة ، نعرض في أولها لانعقاد الحوالة ونخصص الثاني لنفاذ الحوالة . لنكرس لآثار الحوالة للمبحث الثالث .

(١) راجع في تفاصيل الفائدة العملية من حوالة الحق ، جوجار (دروس مازو)

بند ١٢٥٦ .

(٢) في هذا المعنى أيضا : ستارك بند ٢٣١٨ .

المبحث الأول

انعقاد حوالة الحق

٣٢٠- تتعدّد حوالة الحق بالاتفاق بين الدائن الأصلي (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) . فلا يشترط أن يكون المدين طرفاً فيها . وأساس ذلك أن المدين - من حيث الأصل - لا يضيره أن يفى بالدين لشخص معين أو لآخر (١) .

وبخضع الاتفاق على الحوالة للقواعد العامة في العقد ، من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب . واستيفاء كل منها لما يتطلبه القانون من شروط . وبضاف إلى ذلك ضرورة توافر الشكل حين تكون الحوالة صريحة للمحال إليه (٢) .

٣٢١- والأصل أن الحوالة تجوز في كل الحقوق الشخصية (٣) وذلك بصرف النظر عن محل هذه الحقوق . فقد يكون نقوداً أو منقليات ، حقاً مدنياً أو تجارياً ، عملاً أو امتناعاً عن عمل . كذلك لا يهم ما إذا كان الحق عادياً (بسيطاً) أو موصوفاً (معلقاً على شرط أو مضاعفاً لأجل) . كل ما في الأمر أنه يتعين أن يكون الحق محل الحوالة قابلاً للحجز عليه (م ٣٠٤ مدني) .

غير أنه قد يحول دون إمكان الحوالة ، طبيعة الحق أو نص القانون . كما قد يتفق المدين مع دائنته على عدم جواز حوالة هذا

(١) في هذا المعنى : متارك بند ٢٣١٩ .

(٢) في هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٥٩ .

(٣) في هذا المعنى : نص المادة ٣٠٣ من قانون مصري .

الحق إلى شخص آخر (م ٣٠٣) .

فحيث يكون شخص الدائن محل اعتبار فى العقد ، فإن طبيعة هذا الحق تتنافى مع إمكان حوالة . كما هو الحال فى عقود شركات الأشخاص . وقد يحظر القانون نفسه حوالة الحق لاعتبارات معينة ، كما هو الحال فيما تقضى به المادة ٦٣٩ مدنى من عدم إمكان زول المستعير عن استعمال الشيء المعار للغير ، ولو على سبيل التبرع ، دون إذن من المعير . وقد يشترط المدين على دائنه عند التعاقد ، عدم تحويل حقه للغير : كأن يحظر المؤجر على المستأجر أن يتنازل عن حقه فى الإيجار لغيره .

المبحث الثانى

نفاذ الحوالة

٣٢٢- إذا كان يكفى لاعتقاد الحوالة : الاتفاق بين الدائن الأصلى والدائن الجديد ، إلا أن نفاذها فى مواجهة المدين يستلزم - على الأقل - إحاطته علما بها ، حتى يتبين شخص الدائن الذى يتعين عليه أن يفى له . وإلا كان المدين على حق ، أن يعتقد أن شخص الدائن لم يطرأ عليه أى تغيير ، فإذا أوفى له - رغم حوالة لا يعرف عنها شيئا - كان وفاؤه صحيحا مبرئا لذمته (١) .

لذلك كان من المفهوم أن يعلق المشرع نفاذ الحوالة فى مواجهة كل من المدين والغير على إعلان المدين بها أو قبوله لها (م ٣٠٥) (٢) .

(١) فى هذا المعنى أيضا : كاريونيه بند ١٢٣ ص ٤٥٢ .

(٢) أنظر . من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ للمجموعة السنة ٢٩

رقم ١٩ ص ٦١ : نقض ١٩٧٨/٦/٢١ للمجموعة ٢٩ - ٢٩١ - ١٥١٠ .

١- نفاذ الحوالة في مواجهة المدين :

٣٢٣- تنفذ الحوالة في مواجهة للمدين ، إما بإعلانه بها أو بقبوله .
لها . ولا يكفي علمه الفعلي بها ، ما لم يكن متواطئاً .

(أ) الإعلان :

٣٢٤- ويقوم به - عادة - الدائن الجديد (المحال له) ، إذ هو صاحب المصلحة الأكبر في نفاذ الحوالة ، ولكن يجوز أيضاً أن يتم من جانب الدائن القديم (المحيل) .^(١)

ويتم الإعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين ، سواء أعلنت خصيصاً للمدين بهدف إعلانه رسمياً بحصول الحوالة ، أو أعلنت لغرض آخر ، وإن تضمنت ما يفيد حصول الحوالة ، وشروطها الجوهرية^(٢) .
(كورقة التكليف بالحضور التي يوجهها الدائن الجديد إلى المدين لمطالبته بسداد الدين الذي حل فيه محل الدائن القديم)^(٣) إنما لا يغني عن الورقة

(١) في هذا المعنى أيضاً جوجلار بند ١٢٦٠ .

(٢) انظر د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٧٩٢ .

(٣) انظر ستارك بند ٢٣٢٤ ، برور تعليقات على حكم استئناف بولتييه في ١٠/١٠/١٩٦٧ (ج . ك . ب ١٩٦٨-٢-١٥٥٤٤) . وانظر من تطبيقات القضاء المصري ، نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ للمجموعة لسنة ٣١ رقم ١٢٣ ص ٦٢٩ ، نقض ١٩٧٨/٥/١٦ للمجموعة ٢٩-٢٤٧-١٢٦١ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٦/٥/٢٤ للمجموعة ٢٧-٢٢٣-١١٧١ . وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية أن يكون هذا التكليف مشتملاً على صورة (أو ملخص extrait) من الحوالة ، يؤكد انتقال الحق إلى الدائن الجديد ، انظر : نقض (تجاري) ١٩٦٩/٢/١٨ (د . ١٩٦٩-٣٠٤) .

الرسمية أى طريق آخر ولا الكتاب المسجل المصحوب بعلم الوصول (١) .

(ب) القبول :

٣٢٥- تنفذ الحوالة - من باب أولى - فى مواجهة المدين إذا قبلها ، صراحة كان هذا القبول أو ضمناً ، والوضع الطبيعى أن يتم هذا القبول بعد انعقاد الحوالة ، إذ يغلب أن يقع الاتفاق عليها فى غير وجود المدين ، إنما ليس هناك ما يمنع أن يتم هذا القبول أثناء الاتفاق على الحوالة بين طرفيها (الدائن القديم والدائن الجديد) . على أن يلاحظ أن المدين بهذا القبول لا يعتبر طرفاً فى الحوالة . فقبوله لا يعنى أكثر من أنه علم بالحوالة وبشخص دائته الجديد (٢)، بما يجعله ملتزماً بالوفاء لهذا الأخير فى حدود ما كان ملتزماً به نحو دائن الأصل . ولذلك فإن قبول المدين للحوالة لا يسقط حقه فى التمسك - فى مواجهة الدائن الجديد - بالدفع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة الدائن القديم . لا يستثنى من ذلك إلا الدفع بالمقاصة إذا كان المدين قد قبل الحوالة دون تحفظ .

إنما لا يتصور - على العكس - أن يقع القبول فى وقت سابق على الحوالة (كأن يقرر المقرض فى سند للقرض أنه يرضى مقدماً حوالة المقرض حقه إلى شخص آخر) إن الغرض من اشتراط القبول ليس مجرد إخطار المدين بوقوع الحوالة ، وإنما أيضاً إحاطته علماً بشخص الدائن الجديد ، وهو ما يستلزم أن يكون شخص الدائن الجديد قد تحدد بها (٣) .

* * *

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٦/١/٥
المجموعة السنة ٢٧ رقم ٣٧ من ١٣٢ .

(٢) وانظر - تبعاً لذلك - انتقاد بعض الشراح الفرنسيين استخدام لفظة « القبول » فى هذا الموضع لعدم دقتها : جوجار بند ١٢٦٠ .

(٣) انظر فى هذا المعنى أيضاً د . إسماعيل غانم بند ١٩٢ .

علم المدين الفعلى بصدور الحوالة ، لا يقوم مقام الإعلان أو القبول :

٣٢٦- إنما لا يغنى عن الإعلان الرسمي أو القبول ، على التحديد السابق - العلم الفعلى من جانب المدين بصدور الحوالة ، حتى ولو استطاع ذو الشأن أن يقيم الدليل على هذا العلم . بل ولو أقر بهذا العلم المدين نفسه ^(١) . « ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف المدين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق » ^(٢) . ولا تحتل هذه القاعدة استثناء إلا في حالة الغش مع جانب هذا المدين : كأن يتواطأ - بعد علمه بصدور الحوالة - مع المحيل ، ويوفيه الدين إضراراً بالبدائن الجديد . وغالباً ما يحصل للمدين في هذا للتواطؤ على منفعة من المحيل ، كأن ينزل له المحيل مثلاً عن جزء من الدين . في مثل هذه الحالة ، يقع هذا الوفاء باطلاً ، لأن القاعدة أن الغش يفسد كل ما بني عليه من تصرفات . ويجوز ، من ثم ، للبدائن الجديد أن يتجاهل هذا الوفاء وأن يعلن الحوالة المدين فتصبح نفاذة في مواجهته ، ثم يطالبه بعد ذلك بالحق للمحال به ، ويتعين على المدين أن يفى به له . وإذا كان المدين - بهذا الشكل - سيفى بالدين مرتين ، فلا يصح أن يلوم في ذلك إلا نفسه ، وإن بقي له أن يرجع على شريكه في الغش (المحيل) بما سبق أن دفعه له . وعلى هذه الأحكام شبه إجماع الفقه في مصر ^(٣) .

(١) انظر في هذا للمعنى أيضاً نقض مصرى ١٩٧٦/١/٥ المجموعة السلة ٢٧ رقم ٣٧ ص ١٣٢ .

(٢) د . السنهوري ج ٢ بند ٢٦٨ ، وانظر في نفس المعنى : استئناف باريس ١٩٦٩/١/٨ (د . ١٩٦٩ - ملخص - ٣٧) .

(٣) انظر مثلاً : د . السنهوري ، الإشارة السابقة ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ ص ٨٦٣ هامش ٣ ، د . أنور سلطان بند ٣٢٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٢٨ ، =

وفى فرنسا : يسلم الفقه أيضاً بأنه دون إعلان للمدين بالحوالة أو قبوله الرسمي لها ، طبقاً للمادة ١٦٩٠ مدنى ، فإنها لا تنفذ فى مواجهته ، حتى ولو كان يعلم فعلاً بوجودها ^(١) . وفى العلاقة بين الدائن الأصلي (المحيل) والمدين ، يطبق القضاء الفرنسى هذا المبدأ بكل صرامته : فهو لا يقتصر فقط على تأكيد أن عدم اتخاذ أى من إجراءات نفاذ الحوالة لا يمكن أن يضير المدين ، الذى يستطيع - من ثم - أن يبقى بالدين لدائنه الأصلي فيقع وفساؤه صحيحاً حتى ولو كان يعلم فعلاً بوجود الحوالة ، وإنما يؤكد أيضاً أن عدم اتخاذ أى من هذين الإجراءين يمنع المدين من التمسك بهذه الحوالة ، بمعنى أنه لا يستطيع أن ينفع رجوع دائنه الأصلي (المحيل) عليه بأن حقه قد أحيل إلى شخص آخر ، إذ من حق هذا للدائن (المحيل) ، فى نظر القضاء الفرنسى ، أن يحتج على المدين بعدم نفاذ الحوالة فى مواجهته ^(٢) . أما فى العلاقة بين المدين والدائن الجديد (المحال له) ، فإنه يطبق المبدأ السابق بشئ من المرونة : حيث يجيز - من ناحية - للدائن الجديد مطالبة المدين بالوفاء ، بالرغم من عدم اتخاذ أى من إجراءات نفاذ الحوالة فى مواجهته ، مادام أن هذا الوفاء ليس من شأنه الإضرار بالمدين ولا بأحد الأغيار ^(٣) . كما يبطل ، من ناحية أخرى ، الوفاء الذى يتم من جانب المدين لدائنه الأصلي

= د . الصده بند ٩٢ ، د . عبدالودود يحيى بند ١٢٢ وانظر عكس ذلك ، وكفاية العلم الفعلى ، ومن ثم عدم إبراء الوفاء من جانب المدين العالم فعلاً بوجود الحوالة : د . شفيق شحاتة حوالة الحق فى قوانين للبلاد العربية ١٩٥٤ ص ٣٣ وما بعدها .

- (١) انظر مثلاً : جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٦٢ ، مارتى ورينو بند ٨١٥ .
- (٢) انظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٣٨/٦/٢٠ (د . ١٩٣٩-١-٢٦ وتعليق فيل) . وراجع فيما يؤخذ على هذا الحل : ستارك بند ٢٣٣٢ ، جوجلار بند ١٢٦٢ .
- (٣) انظر مثلاً : نقض فرنسى ١٩٣١/٣/٤ (د . ١٩٣٣-١-٧٣ وتعليق راندوان) ، نقض ١٩٦٩/٣/١٨ (د . ١٩٦٩-ملخص-١٢١) .

(المحيل) ولو كان هذا الوفاء سابقاً على نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين ، طالما تم بالتواطؤ بينهما لمنع الدائن الجديد (للمحال له) من الإفادة من الحوالة ، وذلك تأسيساً على مبدأ أن الغش يفسد ما يبنى عليه من تصرفات (١) .

٢- نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير :

٣٢٧- يقصد بالغير فى هذا الصدد ، من يتأثر حقه بنفاذ الحوالة (٢) . وهم الأشخاص الذين لهم على ذات الحق المحال به ، حقاً يتعارض مع الحوالة ، كالمحال لهم بذات الحق المحال به ، ودائى المحيل للذين أوقفوا الحجز على حقه فى مواجهة المدين (المحال عليه) تحت يد هذا الأخير ، ودائى المحيل الذى أشهر إعساره إذا كانت حقوقهم ثابتة فى نعمته قبل شهر الإعسار . فجميع هؤلاء الأغيار ، لا تنفذ الحوالة فى مواجهتهم بدورهم إلا بإعلان المدين رسمياً بها أو بقبوله لها . غير أنه يتعين انفاذها فى مواجهتهم بقبول المدين ، أن يكون تاريخ هذا القبول ثابتاً بوجه رسمى ، (م ٣٠٥) . وذلك درءاً لإمكان تواطؤ محتمل بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه ، على تقديم تاريخ القبول ، وجعله سابقاً على حق هؤلاء

(١) أشار لذلك : جوجلار بند ١٢٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٥ (وإن كان يعتبر المدين نفسه من قبيل الغير ، حيث إن الحوالة لا تستلزم ، لانعقادها ، تدخل من جانبه) . وانظر لى تعبير أكثر عمومية - وإن كان أقل دقة فيما نعتقد : جوجلار بند ١٢٦١ حيث يرى أن المقصود بالغير هو كل من ليس طرفاً فى عقد الحوالة ولا خلفاً عاماً لأحد طرفى هذا العقد . فيما يرى - بالمقابلة - د . إسماعيل غانم (بند ١٩٣) أن المقصود بالغير هنا ليس الأجنبى عن عقد الحوالة ، إذ لا شأن لهذا الأجنبى بها مادام أنه إن يضار منها .

الأغيار إضراراً بهم^(١) .

٣- إجراءات خاصة لتنفيذ حوالة بعض الحقوق :

٣٢٨- قد يشترط المشرع ، لنفاذ الحوالة في مواجهة طائفة معينة من الأغيار إجراءً تكميلياً يضاف إلى القبول أو الإعلان . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ١١ من قانون الشهر العقاري في خصوص حوالة أجرة العقار مقدماً لأكثر من ثلاث سنوات ، حيث تستوجب ضرورة تسجيل هذه الحوالة حتى تنفذ في مواجهة الغير . لأن حوالة هذا القدر من الأجرة إنما تؤدي في الواقع إلى إنقاص قيمة العقار ، بما يتعين معه أن تتصل بعلم من يريد التعامل بشأن هذا العقار .

وقد يبسر المشرع - على العكس - نفاذ الحوالة في مواجهة الغير . ففي القانون التجاري ، تنفذ الحوالة في السندات الإنثنية بطريق التظهير . كما ينتقل الحق في السندات إحاطله بمجرد المناولة للمادية للمسد .

المبحث الثالث

أنار الحوالة

٣٢٩- يترتب على الحوالة من ناحية ، انتقال الحق المحال به إلى المحال له ، والالتزام المحيل بالضمان - من ناحية أخرى - في مواجهة المحال له إذا كانت الحوالة بعوض .
أولاً : الأكثر الناقل للحوالة :

١- انتقال ذات الحق ، فور انعقاد الحوالة ، إلى المحال إليه :

٣٣٠- متى انعقدت الحوالة بتراضى طرفيها ، انتقل الحق الذي كان

(١) في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٢٩ .

للمحيل فى مواجهة المدين إلى الدائن الجديد (المحال إليه) . والذى ينتقل هو ذات الحق : بنفس طبيعته (مدينياً أو تجارياً) وبذات أوصافه (معلقاً على شرط أو مضافاً لأجل) ، وبففس ضماناته شخصية كانت أم عينية ^(١) ، وبففس توابعه (كالفوائد) ^(٢) ، وما يحميه أو يؤكد من الدعاوى ^(٣) (كدعوى الفسخ لعدم التنفيذ) : فإذا أحال الدائن بالتئن ، حقه فى مواجهة المدين (المشتري) إلى دائن آخر ، انتقلت مع هذا الحق دعوى الفسخ الذى يحميه ، فإذا لم يف للمدين بحق الدائن المحال له « أى بالتئن » كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ البيع ، ليعود المبيع إليه هو لا إلى البائع المحيل . كما ينتقل ذات الحق بما يلحقه من دفع ، ومن ثم يكون للمدين إذا رجع عليه المحال له أن يتمسك فى مواجهته بجميع الدفع التى كان يمكنه التمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ^(٤)، ^(٥) (م ٣١٢) ، وذلك سواء الدفع بالمقاصة إذا كانت الحوالة قد نفذت فى مواجهته يقبولها دون تحفظ . ويتعين على الدائن للمحيل ، وقد ترتب على الحوالة انتقال الحق للمحال له ، أن يسلم هذا الأخير مستندات الحق وكل ما هو ضرورى لإثباته .

(٢٠١) وفى هذا المعنى نقضى المادة ٢٠٧ مدينى بأن : « تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط » .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٦/٥/١٩٧٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ . كذلك قضت محكمة النقض بأن انتقال الحق المحال به بالنسبة للمحال عليه إنما يكون بالحالة التى يكون عليها للحق وقت إعلاسه بالحوالة أو قبولها ، انظر حكم ١٦/٥/١٩٧٨ المجموعة ٢٩-٢٤٧-١٢٦١ .

(٤) انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٦/٥/١٩٧٨ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٤٧ ص ١٢٦١ .

(٥) هذا فضلاً عما للمدين أن يتمسك به ضد المحال له من الدفع المستمدة من عقد الحوالة (م ٣١٢) .

٣٣١- وانتقال الحق من المحيل إلى المحال له يتم فور انعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها في مواجهة المدين . ويتبين - من ثم - أن يتسق سلوك المحيل مع هذه الحقيقة . فيجب عليه إذا ما أوفاه المدين الذى لا يعلم بالحوالة ، أن يسلم هذا الوفاء للمحال له ، إذ لم يعد له حق فيه . كما يجب عليه أن يتمتع - فى الفترة ما بين انعقاد الحوالة ونفاذها - عن أى تصرف يضر بالمحال له ، لما يودى إليه من إنقاص الحق المحال به أو انقضائه أو زواله ، وإلا كان مسؤولاً بضمان ما صدر منه من أفعال شخصية فى مواجهة المحال له ، ولو كانت الحوالة تبرعاً (م ٣١١) .

٣٣٢- غير أن الحوالة قد لا تكون بكل ما للدائن من حق فى مواجهة مدينه ، وإنما بجزء منه فقط ، حين يستبقى الدائن لنفسه الجزء الآخر ، فيصبح - من ثم - للمدين دائتان : دائته الأصلية (بما تبقى من الحق لم تشمله الحوالة) ، والدائن الجديد (بالجزء الذى تمت حوالته) . وفى مثل هذا الفرض لا تكون للدائن الأصلية أية أفضلية أو أولوية على المحال له فيما تبقى له من حق فى مواجهة مدينه ، وإنما يكون كل منهما على قدم المساواة مع الآخر ، بحيث إنه إذا لم تكف ذمة المدين المالية للوفاء بجزئى الحق معاً ، اقتسم الدائتان أموال المدين فيما بينهما قسمة غرماء كل بنسبه حقه (١) .

٢- تراخى انتقال الحق بالنسبة للمدين إلى وقت نفاذ الحوالة :

٣٣٣- إذا كانت فورية الأثر الناقل للحوالة أمراً مفهوماً بين طرفيها ، فإن المنطقى - على العكس - أن يتراخى هذا الأثر - بالنسبة للمدين ، إلى حين نفاذ الحوالة فى مواجهته . ملأ المفروض فيه ، حتى ذلك الوقت أنه

(١) انظر فى هذا المعنى : جوجار بند ١٢٧٧ ، ستارك بند ٢٣٣٧ .

لا علم له بها ، ولا بشخص دائته الجديد . ومن ثم فحتى هذا النفاذ يتعين الحكم على تصرفه وفق هذه الحقيقة . فإذا أوفى لدائته القديم كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته . كما أن من حقه أن يدفع رجوع الدائن الجديد عليه ، بكل ما نشأ له من دفع في مواجهة المحيل حتى نفاذ الحوالة في مواجهته (م ٣١٢) ، ولو كان سبب هذه الدفع لاحقاً على انعقاد الحوالة بين طرفيها (كدفع بالمقاصة لحق نشأ له في مواجهة دائته المحيل قبل نفاذ الحوالة ، ولو نشأ بعد انعقادها) . أما بعد نفاذ الحوالة فينتعين على المدين أن يفي بالدين للدائن الجديد ، ولا يعد بإمكانه أن يدفع في مواجهته بأى دفع ينشأ له في علاقته بمن كان دائناً له قبل الحوالة .

٣٣٤- إنما رعاية للمصلحة المشروعة للدائن الجديد ، والفرض أن الحق المحال به ينتقل إليه فور الحوالة ، أجاز المشرع لهذا الدائن ، ولو قبل نفاذ الحوالة ، أن يتخذ من الإجراءات في مواجهة المدين ما يقتضيه المحافظة على الحق الذي انتقل إليه (م ٣٠٦) . كما أنه درءاً لتواطؤ محتمل بين الدائن القديم والمدين ، في فترة ما قبل نفاذ الحوالة ، للإضرار بالمحال له ، سبق أن رأينا أنه لا ينفذ في حق المحال له ، ما قام به المدين - قبل نفاذ الحوالة - من وفاء بالدين لدائته القديم رغم علمه الفعلي بالحوالة . فالوفاء في هذه الحالة كان عن غش ، والغش - كما يقال - يفسد كل شيء .

٣- لا يسرى الأثر الناقل للحوالة في مواجهة الغير إلا من وقت نفاذ الحوالة في مواجهتهم :

٣٣٥- سبق أن ذكرنا أن الغير في هذا الخصوص هم من لهم على ذات الحق المحال به من الحقوق ما يتعارض مع الحوالة . ورعاية مصلحة

هؤلاء الأعيان تقتضى حتماً عدم الاحتجاج عليهم بالأثر الناقل للحالة إلا منذ نفاذ هذه الأخيرة فى مواجهتهم ، بإعلان المدين رسمياً بها أو بقبوله الثابت التاريخ لها . وفى ضوء هذا التحديد يسهل استنباط الحلول فى كل الفروض التى يتصور فيها التعارض بين حق أحد الأعيان وحق المحال له ، وذلك على النحو التالى:

(أ) التنازع بين محال لهم متعددين :

٣٣٦- قد يحيل الدائن ذات حقه فى مواجهة المدين إلى عدة أشخاص على التعاقب . فنكون بصدد محال لهم متعددين ، يتنازع كل منهم على الحق المحال به . وعندئذ تكون المفاضلة بينهم على أساس أسبقية نفاذ الحوالات المتعددة (م ٢١٣) . فمن كانت حوالاته منهم قد نفذت فى مواجهة المدين قبل غيرها ، كان صاحبها مفضلاً عن عداه ، وذلك دون نظر لتواريخ انعقاد الحوالات . فتظل الحوالة الأسبق فى النفاذ مفضلة على غيرها ولو سبقتها فى الانعقاد حوالات أخرى .

(ب) التنازع بين المحال له ودائنى المحيل الذى أشهر إعساره :

٣٣٧- إذا تعارض حق المحال له مع حقوق الدائنين الذى أشهروا إعسار المحيل ، فإن الفیصل هو مدى أسبقية كل من نفاذ الحوالة أو شهر الإنعسار . على أن يكون من المفهوم أن العبرة هنا هى بتاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار وليس بتاريخ الحكم الصادر فيها . فإذا كانت الحوالة قد نفذت قبل تسجيل صحيفة الدعوى ، خلص الحق المحال به للمحال له . وأما فى الحالة العكسية فلا يحتج بالحوالة فى مواجهة هؤلاء الدائنين ، بحيث يظل الحق المحال به فى ضمانهم العام .

(ج) التنازع بين المحال له والدائن الحاجز :

٣٣٨- لا يتصور هذا التنازع إذا كان الدائن قد أوقع الحجز على الحق المحال به بعد نفاذ الحوالة . إذ يكون الحجز نفسه قد وقع على ما ليس مملوكاً للمدين (المحيل) ومن ثم يكون باطلاً . أما على العكس إذا كان الدائن الحائز قد سبق إلى توقيع الحجز على الحق المحال به قبل نفاذ الحوالة ، فإن الحجز يكون صحيحاً بحسبان وقوعه على ما يزال مملوكاً للمحيل . ومن ثم لا يكون بإمكان المحال له أن يحتج في مواجهة الدائن الحاجز بالحوالة اللاحقة على الحجز ، إذ يعتبر الحاجز غيراً بشأنها . لكن ، بما كان من المسلم به ، أن سبق توقيع الحجز على المال من جانب أحد الدائنين لا يحول دون توقيع حجوز لاحقة عليه من جانب دلتين آخرين ، وكان المحال له في مركز الدائن بالمحال به في مواجهة المحيل ، فقد انمؤ المشرع هذه الحوالة - في مواجهة الحاجز - معاملة حيز آخر . (١/٣١٤) ، بما يجعل من حق المحال له أن يقسم الدين لمحبوز مع الدائن الحاجز كل بنسبة حقه .

(د) الحوالة بين حيزين :

٣٣٩- وقد تقع الحوالة بين حيزين : حيز سابق على نفاذها وحيز لاحق على هذا النفاذ . فيتنازع على الحق المحال به كل من الدائن الحاجز الأول والمحال له والدائن الحاجز الثاني .

وللوهلة الأولى ، من الممكن القول بأن الحاجز التساني لا يحق له أن يزاحم ، إلى جنب الحاجز الأول والمحال له ، في التنازع على الحق المحال به ، فقد وقع حيزه لاحقاً على نفاذ الحوالة ، فورد بهذا شكل على ما ليس مملوكاً للمحيل ، بما يجعل منه حيزاً باطلاً . غير أنه لا يسع أن

ننسى أنه لولا الحوالة التي توسطت بين الحجزين لما كان هناك من أفضلية للحاجز الأول على الحاجز الثاني . كما أن سبق الحجز الأول على نفاذ الحوالة سوف يؤدي إلى مزاحمة الحاجز الأول للمحال له ، بما قد يؤدي في النهاية إلى عدم حصول المحال له إلا على نسبة من المحال به . وبهذا الشكل يكون توسط الحوالة بين الحجزين ، قد فضل الحاجز الأول على الثاني دون مبرر ، ولم يضمن للمحال له حصوله على كامل حقه المحال به .

لذلك فقد قدم المشرع لهذه المشكلة حلاً معقولاً ، يوفق إلى حد كبير بين جميع المصالح المتعارضة ، حين قضى بأن « للدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة للغرماء . على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » . (م ٤٣١/٢) مثال : إذا كان للمحيل ٦٠٠ جنيه ، حول منها ٣٠٠ جنيه . وقبل نفاذ الحوالة أوقع دائن للمحيل حجزاً على ما لهذا الأخير ، استيفاء قدره ٥٠٠ جنيه ، وبعد نفاذ الحوالة أوقع دائن آخر للمحيل حجزاً استيفاء لدين قدره ٤٠٠ جنيه . عندئذ يقسم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه بين الثلاثة : الحاجز الأول ، والمحال له والحاجز الثاني ، قسمة غرماء بنسبة حق كل منهم ، أي بنسبة ٥ : ٣ : ٤ . فيكون نصيب الحاجز الأول ٢٥٠ جنيه ، ويكون نصيب المحال له ١٥٠ جنيه ، ويكون نصيب الحاجز الثاني ٢٠٠ جنيه . ثم يؤخذ من نصيب الحاجز الثاني ما يستكمل به المحال له قيمة حوالته (وهي ٣٠٠ جنيه) فيكون التوزيع النهائي ٢٥٠ جنيه للحاجز الأول ، ٣٠٠ جنيه للمحال له ، ٥٠ جنيه للحاجز الثاني . بهذا الشكل ، يكون للمحال له قد حصل على كامل حقه ، ويكون الحاجز الثاني قد حصل على قدر معقول من الحق رغم تأخر حجه على الحوالة ، ولا يكون للحاجز الأول أن يتنمر من شيء ،

فلا أفضلية له على الحاجز الثاني والحوالة اللاحقة على حجه تعتبر هـى الأخرى بمثابة حـجـز آخر فيكون لكل من المحال له والحاجز الثاني مزاحمته فى التوزيع .

ثانياً : التزام المحيل بالضمان :

٣٤٠- سبق أن أشرنا إلى أن المحيل يلتزم دائماً بضمان أفعاله الشخصية حتى ولو كانت الحوالة تبرعاً ، بل حتى ولو كان قد اشترط على المحال له عدم الضمان ^(١) . (م ٣١١) .

فإذا أتى المحيل بما يستوجب هذا الضمان ، كان للمحال له أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة بالتعويض ، الذى يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب .

أما فيما عدا الأفعال الشخصية فإن الضمان يقتصر على الحوالة بعوض دون الحوالة المجانية . وأساس ذلك أن المحيل فى النوع الثانى من الحوالة لا يعدو أن يكون متبرعاً ، فلا يسوغ إلزامه بضمان تبرعه . وعلى ذلك فلا يجوز للمحال له - وقد تلقى الحوالة دون مقابل - أن يرجع على المحيل بالضمان حتى لعدم وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ٢/٣٠٨) . أما إذا كانت الحوالة بمقابل ، كان من الضروري إلزام المحيل بالضمان .

٣٤١- وقد وضع المشرع لضمان المحيل حدوداً ، ترك للطرفين حرية تعديلها بتخفيض الضمان أو بتشيده ، وإن كان المبلغ الذى يمكن

(١) فى هذا المعنى : جوجلار بند ١٢٧٥ ، مارتى وريغو بند ٨١٤ ، وانظر أيضاً : استئناف إيمان ١٨/١٠/١٩٥٦ (د ج ١٩٥٦-٢-٣٥٣) .

للمحال له أن يرجع به على المحيل لن يتجاوز في كل الأحوال قدراً محدداً ،
وذلك على التفصيل التالي :

(أ) الضمان للقانوني :

٣٤٢- لا يضمن المحيل للمحال له - عند عدم الاتفاق - إلا وجود
الحق المحال به وقت الحوالة (م ٣٠٨) . وهو أمر مفهوم ، فالمحيل بعوض
يعتبر - في الواقع - في مركز البائع ، فإذا كان الحق الذي يحيله قد نشأ
على نحو صحيح ولا يزال موجوداً وقت الحوالة ، فلا يمكن بعد ذلك أن
يضمن ما يطرأ على هذا الحق مما يؤدي إلى سقوطه بسبب لا يرجع إليه
هو . إنما يمتد هذا الضمان ليشمل نواحي الحق . فيضمن المحيل وجودها
بدورها وقت الحوالة . وعند هذا الحد يتوقف ضمان المحيل ، وهو أمر
عادل . ولا يتصور - عند عدم وجود اتفاق مخالف - أن تلزم المحيل بأن
يضمن للمحال له يسار المدين (م ٣٠٩) ، وهو أمر كان للدائن لا بضمنه
أساساً لنفسه .

(ب) الضمان الاتفاقي :

٣٤٣- للطرفين أن يخرجا على أحكام الضمان القانوني ، إما
بتخفيفه ، فيعفى المحال له المحيل من ضمان نواحي الحق مثلاً ، أو حتى من
ضمان وجود الحق نفسه (وهو أمر متصور في الحوالات التي تنطوي على
معنى المضاربة ، وهي الحوالات بحقوق متنازع فيها) ، وإما
بشديده ، حين يتعهد المحيل بأن يضمن للمحال له يسار المدين ، وعندئذ
يتعين تفسير مثل هذا الاتفاق على أنه يقتصر على ضمان يسار المدين وقت
الحوالة ، ولا يمكن مده إلى ضمان يسار المدين وقت حلول أجل الدين إلا إذا
اتفق على ذلك صراحة (م ٢/٣٠٩) .

حدود ما يرجع به المحال له عند تحقق الضمان :

٣٤٤- إذا تعين ضمان المحيل (سواء كان للطرفان قد تركا حدود هذا الضمان لأحكام القانون ، أو نظاماً تنظيمياً مخالفاً) فإن أقصى ما يلتزم به - وفقاً للمادة ٣١٠ - هو أن يرد للمحال له ما تقاضاه منه من مقابل للحالة ، مضافاً إليه الفوائد والمصاريف . ولا يجوز - والنص متعلق بالنظام العام - إلزام المحيل بأن يدفع للمحال له قيمة للحق المحال به إن كانت أكثر من ذلك . ويجد هذا التحديد حكمته ، في أنه لولاه لسهل على المرابين أن يستغلوا حاجة أصحاب الحقوق المتنازع فيها إلى المال ، فيقرضوهم مبالغ أقل منها ، في مقابل حوالة هذه الحقوق لهم ، وهم في مأمن : إن لم يحصلوا عليها من المحال عليهم فسيكون لهم للرجوع بها كاملة على المجيلين . فيكون الفرق في الحقيقة ليس إلا فوائد ربوية .

الفصل الثانى

حوالة الدين ^(١)

Cession de dette

تعريف ، وتقسيم :

٣٤٥- حوالة الدين هى اتفاق الدائن أو المدين ، مع شخص آخر ، على الحلول محل المدين فى ذات الدين . ومن هذا للتعريف يتضح أن حوالة الدين تتعد بطريقتين مختلفتين : إما باتفاق المدين الجديد مع الدائن (م ٣٢١) ، أو باتفاقه مع المدين القديم (م ٣١٥) . وينعكس الاختلاف فى طريقتى الانعقاد على أحكام الحوالة وما ترتبه من آثار . ومن ثم نوزع الدراسة فى هذا الفصل على مبحثين حسب طريقة انعقاد الحوالة ، بادئين بحوالة الدين بالاتفاق مع المدين الأصلية يجسبانها - فى ذهن المشرع - الطريقة الطبيعية لحوالة الدين .

المبحث الأول

حوالة الدين باتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد

شروط انعقادها :

٣٤٦- تتعد حوالة الدين - فى هذه الصورة - باتفاق المدين القديم مع المحال عليه ، على أن يتحمل ذات الدين بدلاً منه . وهو ما يفترض

(١) راجع ، فى هذا الموضوع ، بوجه خاص : د . عبدود يحيى ، حوالة الدين، دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى والمصرى ، رسالة للقاهرة ١٩٥٧ طبعة ١٩٦٠ ، محمد عباس السامرائى : فنقال الالتزام بين الأحياء فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ، رسالة جامعة الأزهر (كلية للشريعة والقانون) ١٩٧٦ .

ضرورة اتجاه إرادة المتعاقدين — بالحوالة — إلى إبراء المدين القديم من الدين . ولما كانت حوالة الدين عقداً ، وجب أن تكون مستوفية لجميع أركان العقد وشروط صحته . حين لا يعتبر رضاء الدائن بهذه الحوالة ركناً لانعقادها ، وإن كان هذا الرضاء — على ما سنرى — لازماً حتماً لتنفيذ الحوالة في مواجهته .

آثار حوالة الدين :

٣٤٧- ترتب حوالة الدين ، في الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها ، آثاراً تختلف عنها في الفترة ما بعد هذا التحديد ، وذلك على التفصيل التالي :
أولاً : آثار الحوالة في الفترة ما قبل تحديد الدائن موقفه منها :

٣٤٨- بدهى أنه يظل من حق للدائن ، في هذه الفترة أن يعتبر شخص مدينه الأصلي كما هو ، لم يطرأ عليه أى تغيير رغم الحوالة ، وأن يرجع — بالتالى — على هذا المدين عند حلول أجل الدين .

أما في العلاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد ، فقد انعقدت الحوالة بالفعل بمجرد تراضيهما المتبادل . وتتحدد آثارها في مواجهتهما وفق ما اتفقا عليه في العقد . بل ويظل من حقهما خلال هذه الفترة التعديل في هذا الاتفاق أو حتى أن يلغياه كلية .

٣٤٩- ومن حيث الأصل ، يترتب على انعقاد الحوالة بين طرفيها في هذه الفترة التزام المحال عليه قبل المدين الأصلي «بالوفاء للدائن في الوقت المناسب» (م ٣١٧) . أو بتعبير آخر ، وقت حلول الدين . فهو لا يكون ملتزماً بأن يبرئ ذمة مدينه في مواجهة دائئه « فور الوقت » أى فور انعقاد الحوالة .

وبدهى ، أنه - تطبيقاً لفكرة الدفع بعدم التنفيذ « لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » (٢/٣١٧) .

فإذا كانت الحوالة بين طرفيها تنفيذاً من جانب المحال عليه لالتزام كان عليه فى مواجهة المدين الأصلي ، انقضى هذا الالتزام ؛ إذ تؤدي الحوالة فور انعقادها ، دور الوفاء ، بحيث إذا رجع الدائن على مدينه الأصلي فأوفاه هذا الأخير رغم الحوالة ، لم يكن للمدين الأصلي - فى رجوعه على المحال عليه - إلا أن يرجع بدعوى الإثراء دون الدعوى التى كانت تحمى علاقته القانونية بالمحال عليه قبل الحوالة ، فالفرض أن هذه الأخيرة قد قضت على هذه العلاقة . ومثال ذلك أن يبيع المدين شيئاً إلى مشترٍ ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن ، يتفق معه على أن يحل محله فى دين هذا البائع فى مواجهة دلتن له . عندئذ إذا رجع الدائن على البائع وأوفاه بالدين رغم الحوالة ، لم يكن من حق هذا الأخير أن يرجع على المحال عليه (المشتري) بدعوى البائع ، وإنما بدعوى الإثراء .

٣٥٠- ولما كانت الحوالة قبل تحديد الدائن موقفه منها ، ملكاً لطرفيها ، كان لهما أن يتفقا على آثار تخالف ما ورد عليه نص المادة ١/٣١٧ . فقد يتفقا على إلزام المحال عليه بالحصول على رضاء الدائن بالحوالة ، وقد يعلقا آثار الحوالة بينهما على إقرار الدائن لها .
ثانياً : آثار الحوالة فيما بعد تحديد الدائن موقفه منها :

٣٥١- يتحدد موقف الدائن من الحوالة ، إما بإقراره لها أو برفضه

ليأياها :

(أ) فى حالة الإقرار :

* ضرورة الإقرار وشروطه :

٣٥٢- إذا كانت الحوالة تتعقد باتفاق طرفيها ، على التحديد السابق إلا أنها بداهة لا يمكن أن تنفذ فى مواجهة الدائن إلا بإقراره لها (م ٣١٦) (١) . وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . وأساس هذا الفارق غنى عن البيان مادام أن تغيير المدين على دائته من الخطورة ، لما بين المدينين من تفاوت فى اليمار وفى حسن القضاء والمطل (٢) . حين أنه قد لا يكون بذى شأن للمدين فى حوالة الحق أن يغى بينه لهذا الدائن أو ذاك . وبدهى أن يكون للدائن حرية قبول الحوالة أو رفضها . وقد حذف من المشروع التمهيدى - ولاعتبارات عملية - نص كان بموجبه لا يجوز للدائن أن يرفض الإقرار إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء وإلا كان متعسفاً فى استعمال حقه .

٣٥٣- والإقرار تصرف قانونى من جانب الدائن يفيد موافقته على الحوالة وقبول نفاذ آثارها فى حقه . ولا يستلزم فيه القانون شكلاً معيناً . فقد يكون صريحاً أو ضمناً . وهو حق للدائن بمجرد علمه بالحوالة من أى طريق ، ولو لم يكن قد أعلن بها ، حيث لا يستلزم القانون هذا الإعلان . وهو يوجه إلى أى من طرفى الحوالة ، بصرف النظر عن

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٧٨/١/٢ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٩ ص ٦١ : نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة ٢٩-٢٠٤-١٠٣١ .
(٢) وتعبيراً عن هذا المعنى يقول جوجلار (بند ١٢٧٧) :

«La créance vaut ce que vaut le débiteur

وانظر - بوجه عام - فى خطورة حوالة الدين : تعليق لاروميه (د . ١٩٧٣-١٦ سابق الإشارة إليه .

شخص من أعلن الدائن بها .

غير أنه يتعين أن يقر الدائن الحوالة جملة أو يرفضها . أما الإقرار المشروط ، أو الذى يتضمن تعديلاً فى شروط الحوالة وفق ما أعلنت به إلى الدائن ، فإنه يعتبر رفضاً لها .

ولما كانت للدائن حرية القبول فى أى وقت ، وكانت مصلحة طرفى الحوالة قد تقتضى - على العكس - لتعجيل بتحديد الدائن موقفه منها فى بعض الفروض ، فقد أجاز المشرع لأى من طرفى الحوالة أن يعلن الدائن بها وأن يعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة . فإذا « لتقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » م ٣١٦-٢ (ومع ذلك راجع الاستثناء المقرر بالمادة ٣٢٢-٢ لحالة بيع العقار المرهون حين يتفق البائع مع المشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن . فإذا أعلن الدائن رسمياً بهذه الحوالة وجب عليه أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبيت برأى اعتبر سكوته إقراراً) .

* آثار الإقرار :

٣٥٤- إذا أقر الدائن الحوالة ، ترتبت على إقراره عدة آثار ، فى علاقته بكل من المدين الأصلي والمدين الجديد . كما يؤثر أيضاً فى العلاقة بين المدين القديم والجديد ، وذلك على التفصيل التالى :

١- أثر الإقرار فى العلاقة بين الدائن والمدين القديم :

٣٥٥- يتلخص هذا الأثر فى : براءة ذمة المدين الأصلي من ناحية ، والتمتازه بضمان يسار المحال عليه من ناحية أخرى ، وبقاء التأمينات التى

كان قد قدمها كضمان للدين .

* براءة ذمة المدين :

٣٥٦- إن أبرز الآثار التي تترتب على إقرار الدائن للحالة هو براءة ذمة المدين الأصلي من الدين ، حيث يحل المدين الجديد في هذا الدين محل المدين الأصلي .

هذه البراءة تتم بقوة للقانون دون حاجة إلى أن يصرح الدائن في إقراره بأنه قصد بقبوله الحالة أن يتخلى عن مدينه الأصلي . كما أنها ترجع إلى التاريخ الذي اتفقت فيه الحالة بالاتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد ، لا إلى وقت إقرار الدائن للحالة . فمنذ هذا التاريخ يعتبر المدين الجديد هو الملتزم بالدين وحده في مواجهة الدائن .

* ضمان اليسار :

٣٥٧- وكان مودى براءة ذمة المدين الأصلي من الدين بإقرار الدائن للحالة وبأنثر رجعى منذ تاريخ انعقاد هذه الحالة بين المدين القديم والجديد ، على ما قدمناه ، ألا بضمن للمدين الأصلي للدائن يسار المحال عليه ، لا وقت الحالة ولا وقت الإقرار ولا وقت الوفاء ، خاصة وأن الدائن كان حراً في قبوله الحالة أو رفضها ، وكان له كما يشاء - أن يقدر مدى يسار المحال عليه ، ليقرر بعد ذلك ما إذا كان قبول الحالة مناسباً أم لا .

غير أنه يبدو أن المشرع كان لا يزال متسائلاً بما كان يتضمنه المشروع التمهيدي من إجبار الدائن على إقرار الحالة متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء . فقد كانت ضرورة حماية الدائن المجبر على قبول الحالة ، تبرر إلزام المدين الأصلي بضمان يسار من اختاره ليحل محله في الوفاء

للدائن . أما وقد حذف هذا الإيجاب ، وأصبح الدائن حراً فى قبول الحوالة أو رفضها ، فإن إلزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه ، إنما يتعارض مع الأثر المبرر للحوالة ، متى قبلها الدائن . ورغم ذلك فقد قضت المادة ٣١٩ بأنه « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وبهذا الشكل يمكن القول ، بأن المشرع - بهذا النص - قد عطل الأثر المبرر للحوالة ، أو جعله موقوفاً على يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن . ذلك أنه إذا ثبت أن المحال عليه لم يكن موسراً وقت الإقرار ، كان للدائن ، رغم قبوله للحوالة ، أن يرجع على المدين الأصلي .

* بقاء التأمينات :

٣٥٨- تقضى المادة ٣١٨-١ بأنه « تبقى للدين المحال به ضماناته » . وهذا النص ليس إلا إعمالاً لأحوار حوالة الدين بحسبانها اتفاقاً بتغير بموجبه شخص المدين ، ليحل محله مدين جديد فى ذات الدين بكل ضماناته .

ومتى كان ذلك ، فإن الرهن المقدم من المدين الأصلي كضمان للدين إنما يبقى بعد إقرار الدائن للحوالة . ليصبح المدين الذى برئت نتمته بموجب هذا الإقرار فى مركز الكفيل العيني للدين الذى انتقل إلى المحال عليه .

أما الكفلاء (شخصية كانت الكفالة أو عينية) الذين ضمنوا شخص المدين الأصلي ، فإنهم لا يلتزمون - بداهة - إذا أقر الدائن الحوالة - فحل بهذا الشكل مدين جديد محل من ضمنوه - بكفالة هذا المدين الجديد ، اللهم إلا إذا قبلوا ذلك . وقد حرص المشرع على إبراز هذا المعنى صراحة كاستثناء على فكرة بقاء ضمانات الدين للمحال ، حيث نصت الفقرة الثانية

من نفس نص المادة ٣١٨ على أنه « ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصاً ، ملتزماً قَبْلَ الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

٢- أثر الإقرار في العلاقة بين الدائن والمدين الجديد :

٣٥٩- يترتب على إقرار الدائن للحوالة أن يحل المدين الجديد محل المدين القديم في الدين ، ويحمله بدلاً منه ، ليس من وقت الإقرار وإنما من وقت إبرام الحوالة ، فذلك هي التكملة المنطقية لبراءة ذمة المدين الأصلي بإقرار الدائن للحوالة .

ويحل المدين الجديد في الدين بالحالة التي كان عليها وقت الحوالة بنفس طبيعته وأوصافه وتوابعه . وقد سبق أن ذكرنا أن الحوالة لا تؤثر من حيث الأصل - على للضمانات التي كانت تضمن الدين الأصلي . وبناء عليه ، فإذا كان الضمان الذي يضمن الدين في أصله هو رهن قدمه نفس المحال عليه قبل الحوالة ، فإن قبوله تحمل الدين بدلاً من المدين بناء على الحوالة ، يفيد بالضرورة رضاه ببقاء ما سبق أن قدمه من تأمين وذلك دون حاجة إلى إصدار رضاء جديد بذلك . فقد قبل منذ البداية أن يضمن بهذا الرهن دين غيره ، فأولى به أن يضمن بذات الرهن دين نفسه .

٣٦٠- أما أهم ما يترتب على إقرار الدائن للحوالة فهو أحقية المدين الجديد في التمسك بالعديد من الدفعات في مواجهة الدائن . ويمكن تقسيم هذه الدفعات إلى ثلاث مجموعات على النحو التالي :

* دفعات المدين الأصلي :

٣٦١- يستطيع المدين الجديد - أولاً - أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفعات التي تولدت عن العلاقة القانونية بين الدائن والمدين

الأصلى (م ٣٢٠) منذ نشأة هذه العلاقة وحتى وقت انعقاد الحوالة ، والنسب كان المدين الأصلي سيتمسك بها لو لم تتم الحوالة ، مادامت هذه الدفوع متعلقة بالدين المحال به ، لا بشخص هذا المدين ^(١) . فله ، أن يدفع فى مواجهته بكل ما كان ليدرر للمدين الأصلي رفض الوفاء بالدين : (كإنقضاء هذا الدين بالتقادم ، أو استحالة تنفيذه لسبب أجنبى ، أو بعدم تنفيذ الدائن نفسه لما هو ملتزم به نحو المدين الأصلي) . إنما لا يستطيع المحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بإنقضاء حق هذا الأخير بالمقاصة بينه وبين دين نشأ على عاتق هذا الدائن لمدينه الأصلي ، لعدم إمكان وقوع هذه المقاصة بانتفاء التقابل بين الدينين ، مادام أن حوالة الدين سوف يترتب عليها براءة ذمة المدين الأصلي . هذا فضلاً عن أن القول بالعكس سوف يجعل المحال عليه يبرأ من التزامه فى مواجهة الدائن على حساب المدين الأصلي . ذلك أن ذمة هذا الأخير لم تبرا فى مواجهة الدائن إلا بمقابل الحوالة ، فليس من العدل إذن أن تسقط ما نشأ له بعد ذلك من حق فى مواجهة الدائن الأصلي . إنما يمكن للمحال عليه — بداهة — أن يدفع مطالبة الدائن بمقاصة تقع بين حق الدائن ودين نشأ على عاتق هذا الأخير للمحال عليه نفسه .

كذلك لا يستطيع المحال عليه ، أن يتمسك فى مواجهة الدائن بنقص أهلية المدين الأصلي ، ولا بالعيوب التى شابت رضائه فى علاقته القانونية بالدائن ، متى كان المدين وقت إبرام الحوالة مع المحال عليه قد اكتملت أهليته ، أو أصبح على بنية بما كان يشوب رضائه من عيب . ذلك لأن إقدامه على إبرام الحوالة ، رغم علمه بأن من حقه إبطال العلاقة التى ولدت الدين بينه وبين الدائن ، يتضمن معنى النزول الضمنى

(١) انظر فى هذا المعنى د . عبد المنعم البدر اوى بند ٢٩٧ .

من جانبه عن حقه فى الإبطال .

*** الدفوع المستمدة من عقد الحوالة :**

٣٦٢- كذلك يستطيع المحال عليه ، أن يدفع فى مواجهة الدائن بالدفوع المستمدة من نفس عقد الحوالة (م ٣٢٠)^(١) .

فإذا كان هذا العقد - على سبيل المثال - قابلاً للإبطال لمصلحة المحال عليه ، ثم تمسك هذا الأخير فى مواجهة المدين الأصلي بالإبطال وأبطل العقد ، كان للمحال عليه أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بأن عقد الحوالة قد تقرر إبطاله .

ويبدو من عمومية نص المادة ٣٢٠ التى تقضى بأحقية المحال عليه فى « التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » ، أن المدين الجديد يستطيع - حتى ولو لم يكن قد طلب تقرير البطلان المقرر لمصلحته فى علاقته بالمدين الأصلي - أن يدفع فى مواجهة الدائن بما يشوب العقد من عيوب ، حتى ولو كان الدائن لم يتصل بهذه العيوب^(٢) ، حين يرى البعض من الشراح - على العكس - أن مؤدى اعتبار الدائن - بإقراره - قد اشترك فى الحوالة التى تمت بين المدين الأصلي والمدين الجديد ، ضرورة أن يكون الدائن قد اتصل بما يشوب العقد من عيب وإلا وجب على المدين الجديد أن

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ المجموعة السنة ٣١

رقم ١٧٢ ص ٨٧١ .

(٢) وهذا هو ما يفهم أيضاً من تعبيرات الفقه ، العامة ، فى هذا الشأن : انظر مثلاً : د . السلهورى ج٣ بند ٣٣٦ ، د . سليمان مرقس بند ٨١٢ ، د . أنور سلطان بند ٣٥١ ، د . إسماعيل غانم بند ٢٠٨ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٤٥ ، د . عبدالمنعم فرج السيد بند ١٢٩ ، د . شمس الدين الوكيل ص ٢٧٧ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٤٤ ، د . جميل الشرقاوى بند ٨٢ .

يطلب تقرير البطلان أولاً فى مواجهة المدين الأصلي ثم يدفع بالحكم الصادر به فى مواجهة الدائن ^(١) .

ويبقى أن ننوه فى هذا الصدد إلى أنه إذا كان عقد الحوالة باطلاً بطلاناً مطلقاً بين طرفيه فإن الدائن لا يمكنه - ابتداءً - أن يقر هذه الحوالة إقراراً يجعلها نافذة فى حق المحال عليه .

* الدفع المستمدة من العلاقة السابقة التى كانت تربط المدين الأصلي بالمدين الجديد :

٣٦٣- الأصل أن المدين الجديد ، لا يمكنه أن يتمسك - فى مواجهة الدائن - بالدفع التى تستمد من علاقة سابقة كانت تربط بينه وبين المدين القديم قبل الحوالة ، إذ لا شأن للدائن بهذه العلاقة السابقة التى يظل - حتى مع إقراره للحوالة - أجنبياً عنها .

إنما إذا كانت هذه العلاقة السابقة هى سبب إبرام الحوالة بين المدين القديم والمدين الجديد ، وكان الدائن يعلم بذلك ، جاز للمدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما ينشأ عن هذه العلاقة من دفع . ومثال ذلك ، أن يبيع المدين شيئاً لمشتري ، وبدلاً من أن يتقاضى منه الثمن يحيل عليه دينه فى مواجهة الدائن . عندئذ يكون عقد البيع هو سبب حوالة الدين . فإذا كان الدائن يعلم بذلك ثم فسخ هذا البيع لإخلال البائع بالتزامه ، كان للمحال عليه (المشتري) أن يتمسك بهذا الفسخ فى مواجهة الدائن إذا رجع عليه ؛ إذ من شأن هذا الفسخ إهدار سبب التزام المحال عليه بالوفاء بالدين للدائن .

(١) انظر فى هذا المعنى : د . عبدالوود يحيى بند ١٤٢ .

٣- أثر الإقرار في العلاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد :

٣٦٤- ملخص ما يترتب على إقرار الدائن في العلاقة بين طرفي الحوالة ، هو براءة ذمة المدين الأصلي ، وتحمل المحال عليه بالدين بدلاً منه ، وذلك من وقت إبرام الحوالة . كما أنه - منذ الإقرار - لا يعد بإمكان طرفي الحوالة - وقد تعلق بها حق الدائن - أن يعدلاً عنها . إنما يجوز للمحال عليه ، إذا كان عقد الحوالة باطلاً أو قابلاً للإبطال أن يطلب تقرير ذلك في مواجهة المدين الأصلي . وقد سبق أن بينا أثر كل من بطلان هذه العلاقة أو إبطالها على حق الدائن .

(ب) في حالة رفض الحوالة :

٣٦٥- بعد حذف ما كان قد ورد النص عليه في المشروع التمهيدى من عدم جواز رفض الدائن للحوالة ، متى كان حقه بعدها مكفول الوفاء ، أصبح من حق الدائن أن يرفض الحوالة دون قيد ولا شرط .

٣٦٦- ولا يعدو الرفض - كالإقرار - أن يكون بدوره تصرفاً قانوناً تنتج به إرادة الدائن إلى عدم قبول آثار الحوالة . وهو يترتب أثراً نهائياً ، فلا يجوز بعده للدائن أن يعود إلى إقرار الحوالة من جديد .

ولا يشترط للقانون شكلاً معيناً لهذا الرفض ، الذي يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً ، وقد يستفاد من سكوت الدائن حتى قوات المدة التسي حددها له طرفا الحوالة ليعلن خلالها رأيه فيها . كما قد يكون الرفض حكماً إذا صدر إقرار الدائن للحوالة مشروطاً أو مصحوباً بتعديل في شروطها على ما سبق أن بيناه .

٣٦٧- ويترتب على الرفض في علاقة المدين الأصلي بدائنه ، أن

تعتبر الحوالة كأن لم تكن فى مواجهة الأخير الذى لا يمكنه - لذات السبب - أن يرجع على المحال عليه . حين أنه - بالمقابلة - لا أثر لهذا الرفض على عقد الحوالة الذى تم بين المدين الأصلى والمدين الجديد . فيبقى هذا الأخير - رغم الرفض - ملتزماً فى مواجهة المدين الأصلى بأن يفى للدائن فى الوقت المناسب .

المبحث الثانى

حوالة الدين باتفاق الدائن مع المدين الجديد

شروط انعقاد الحوالة :

٣٦٨- يمكن - بموجب المادة ٣٢١ منى - أن تتعدّد حوالة الدين بالاتفاق مباشرة بين الدائن والمدين الجديد الذى يقبل أن يتحمّل الدين عن المدين القديم ، ذلك دون حاجة إلى مشاركة المدين القديم فيها . بل إنها يمكن أن تتم رغم إرادته ^(١) ، حيث إنها فى الواقع تتمحض لمنفعته وذلك لما تؤدى إليه من براءة ذمته من الدين ، وحيث يجيز القانون - من ناحية أخرى - الوفاء بالدين من جانب الغير رغم معارضة المدين . كل ما فى الأمر ، أنه يلزم أن تكون نية الطرفين قد اتجهت إلى إبراء ذمة للمدين القديم بحيث يكون الدائن قد قصد التخلّى عن مدينه للتكليم ، ويكون المدين الجديد قد قصد إخلاء ذمة هذا الأخير ^(٢) .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٨/٤/١٩
المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز أن تتعدّد هذه الحوالة باتفاق ضمنى بين الدائن والمحال عليه . وأكدت أن استخلاص قيام هذا الاتفاق هو من سلطة محكمة الموضوع ، انظر حكم ١٩٧٦/٥/٣١ للمجموعة السنة ٢٧ رقم ٢٣٧ ص ١٢٤٠ .

آثار هذه الحوالة :

٣٦٩- يترتب على حوالة الدين - بهذه الصورة - براءة ذمة المدين الأصلي من وقت إبرام الحوالة ، براءة نهائية بحيث لا يملك طرفا الحوالة إعادة دين المدين إلى الحياة مرة أخرى ولو ألغيا الحوالة أو رجعا فيها .

وكان مقتضى ذلك ، أن يزول الرهن الذى يكون المدين الأصلي قد قدمه ضماناً للدين ببراءة ذمة هذا المدين بموجب الحوالة . ومع ذلك فإن عمومية نص المادة ٣١٨ لالتى تقضى ببقاء التأمينات التى كانت تضمن الدين تؤدى إلى القول ببقاء المدين الأصلي هنا كفيلاً عينياً للمدين الجديد ، فيضمن الدين بهذا الشكل رغم إرادته .

٣٧٠- أما فى العلاقة بين الدائن ومدينه الجديد ، فإن هذا الأخير يصبح مسئولاً عن الدين فى مواجهة الأول منذ إبرام الحوالة . ويعتبر قبول المدين الجديد لهذه الحوالة ، موافقة ضمنية على بقاء التأمينات التى يكون قد قدمها لضمان الدين قبل الحوالة . كما يكون من حق المدين الجديد أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الدفوع التى كان يمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، بما فى ذلك الدفوع التى تستند إلى نقص أهلية للمدين الأصلي أو عيوب رضائه . كما أن له - بداية - أن يتمسك بالعيوب التى تشوب عقد الحوالة فى علاقته بالدائن . أما للدفوع التى تستند إلى العلاقة السابقة التى كانت تربط المدين الأصلي بالمدين الجديد فإن هذا الأخير لا يمكنه أن يحتج بها فى مواجهة الدائن ، الذى يظل رغم الحوالة أجنبياً عنها .

٣٧١- ويبقى فى النهاية أن نشير إلى أن للمدين الأصلي فى هذه الصورة من صور الحوالة ، لا يلتزم بضمان يسار المحال عليه . فهو لم يختره وإنما اختاره الدائن ، الذى يتعين أن يتحمل مخاطر اختياره .

الباب الرابع انقضاء الالتزام

تمهيد :

أسباب انقضاء الالتزام :

٣٧٢- لعل من أهم ما يتميز به الالتزام (أو الحق الشخصي) ، أن الرابطة القانونية التي ينشأ عنها مصيرها الحتمى إلى الزوال ، إذ لا يعقل أن يظل كاهل المدين متقللاً بعبء الالتزام إلى ما لا نهاية ، وإلا كان فى ذلك مصادرة لحريته الشخصية بما يجعل من الالتزام نفسه أمراً غير مشروع . لذلك كان من المفهوم أن يهتم المشرع بتفصيل أسباب انقضاء الالتزام . هذه الأسباب يمكن تصنيفها فى ثلاث طوائف :

فقد ينقضى الالتزام بالطريق الطبيعى ، حين يقوم المدين بتنفيذ التزامه عيناً ، وهذا ما يسمى بالوفاء . وقد ينقضى الالتزام بطريق آخر يقوم مقام الوفاء : كالوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، وإتخاذ الذمة . وقد ينقضى على نحو غير طبيعى ، حين لا يحصل للدائن على أى وفاء ، كما فى حالة الإبراء ، أو استحالة التنفيذ ، أو التقادم المسقط .

تقسيم :

وهكذا نوزع الدراسة فى هذا الباب على ثلاثة فصول : نخصص الأول منها لانقضاء الالتزام بالوفاء . لنجعل الثانى لانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، على حين نكرس الثالث لانقضاء الالتزام دون الوفاء به .

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

(Le Paiement)

تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه :

٣٧٣- الوفاء هو تأدية المدين لذات ما التزم به ، أياً كان محل هذا الالتزام . وهو فى الواقع الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام ، مادام أن الدائن يحصل من مدينه على ذات ما كان ينتظره منه بموجب الرابطة القانونية التى ودلت هذا الالتزام .

٣٧٤- والرأى الغالب فى الفقه أن الوفاء تصرف قانونى ، ينعقد بإرادتى الموفى والدائن . أو هو بعبارة أخرى اتفاق على تنفيذ الالتزام يكون - أى هذا الاتفاق - مصحوباً بعمل مادى يقتضيه هذا التنفيذ^(١) : كتسليم

(١) من هذا الاتجاه : مارتى ورينو بند ٥٥٣ ، كلريونييه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ ، كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٢٨١ ، ج - شيفالبيه ، بيدان ولاجار ، ج - مارتان دى لاموت أشار إليهم مارتى ورينو ص ٦٠٠ هامش ٢ ،

PIERRARD (Marie - Jeanne) : Les Procédés de Preuve de Paiement . Rev. trim. 1948 P. 429 et S. Spéc. No 18 et . S .

وفى الفقه المصرى : د . المسهورى ج٣ بند ٣٥٧ ، د . أبو سكتت بند ٧٤٥ (وهو يحل مضمون إرادة الدائن - فى توافق الإرادتين على الوفاء - فى قصده إعفاء المدين من الالتزام ، بعد أن يتحقق - أى الدائن - من توافر سائر الشروط فى الموفى به ، والحقيقة أنه عندما تتوافر هذه الشروط فإن إعفاء المدين من الالتزام يترتب بقوة القانون أو بعبارة أخرى بناء على إرادة المشرع وليس على إرادة الدائن . وانظر - مع ذلك - الملاحظات الانتقادية على هذا الاتجاه ، لـ :

LOUSSOUARN : La condition de l'erreur du Solvens dans la répétition de l'indu . Rev. trim. 1949 P. 212 et S. No 9 .

شيء مثلاً أو أداء عمل أو امتناع عن عمل . وقد رأى فيه الدكتور السنهوري ، تبعاً لذلك ، « واقعة مختلطة » ^(١) ، حيث « يجمع بين التنفيذ المادى للالتزام وبين الاتفاق على قضاء الدين » وإن غلب الاتفاق (أى التصرف القانونى) فيه ، بما يمكنه ، من ثم ، أن ينعته « بالتصرف العينى acte juridique reel » ^(٢) .

وعلى العكس من هذا الاتجاه ، يرى للبعض فى الوفاء « مجرد تنفيذ للالتزام سابق عليه . ومضى كان تام المطابقة له يتعذر أن يستلزم التراضى لوقوعه . إذ لا يمكن للدائن رفضه . ومصادم لا يمكنه رفضه يصيح رضاؤه به عدم الأثر قانوناً فلا تتوقف عليه صحته » ^(٣) .

ولم يشأ جانب ثالث من الشراح أن يعطوا للوفاء تكييفاً قانونياً واحداً ، حيث يختلف هذا للتكييف - عندهم - باختلاف الأحوال .

وعمداد هذا الاختلاف - عند بعض أنصار هذا الاتجاه ، هو مضمون محل الالتزام الواجب للوفاء به : فإذا كان هذا المحل يتمثل فى القيام بعمل مادى أو امتناع عن عمل ، كان للوفاء به مجرد عمل مادى أيضاً ، إيجابى أو سلبى . أما إذا كان هذا المحل يتمثل فى إعطاء شيء ، أى نقل حق عيلى على شيء ، انطوى للوفاء - إلى جانب الواقعة المادية - على تصرف قانونى يستلزم رضاؤه الموفى والدائن بنقل هذا الحق العيلى من

(١) فى هذا المعنى أيضاً : كاربوتيه بند ١٢٨ ص ٤٦٩ .

(٢) د . السنهورى جـ ٣ بند ٣٥٧ ، وراجع فى تفاصيل هذا رأى ، البنود من ٣٦٢-٣٥٨ .

(٣) د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٤٨ ، وفى نفس المعنى :

CATALA (Nicole) : La nature juridique du Payement . Thèse Paris 1960 éd . 1961 .

الأول للثاني^(١) . فيما أن عماد هذا الاختلاف عند البعض الآخر هو ما إذا كان الدائن قد قبل الوفاء الذى عرضه عليه للمدين أو رفضه مما اضطر هذا الأخير إلى الإيداع ، حين يكون الوفاء تصرفاً قانونياً ، يأخذ صورة العقد فى الحالة الأولى وصورة الإرادة المنفردة (إرادة المدين) فى الحالة الثانية^(٢) .

ونعتقد من جانبنا ، أن الوفاء تصرف قانونى ، مادام يتمثل فى إرادة . تتجه إلى ترتيب أثر قانونى ، هى إرادة الموفى الذى يقصد بالوفاء القضاء على التزام سابق . لكننا لا نرى فى هذا التصرف القانونى ما يأخذ صورة الاتفاق بين الموفى والدائن ، حتى ولو كان الالتزام الذى يراد الوفاء به قد نشأ عن عقد . إذ من غير المنطقى - فى اعتقادنا - أن ينشأ الالتزام بعقد ، ثم يحتاج الوفاء به إلى عقد آخر ، حين أن الأثر الوحيد للالتزام الذى نشأ هو وجوب تنفيذه . هذا إلى جانب ما هو مسلم به من إمكان أن يفى المدين رغباً عن الدائن من طريق إجراءات العرض والإيداع كما سنرى .

وهكذا فضل أن ترى فى الوفاء تصرفاً قانونياً انفرادياً^(٣) ، أو هو بعبارة أخرى إرادة منفردة من جانب الموفى ، تأخذ - فى تنفيذها - مظهر العمل المادى . وفضلاً عن ضرورة استيفاء هذه الإرادة لجميع أركان

(١) من هذا الاتجاه : د . سيلمان مرقس ١٩٦١ بند ٨١٤ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٤٩ .

(٢) من هذا الاتجاه : د . عبدالمنعم فرج الصده بند ١٤١ ، د . عبدالودود يحيى بند ٤٠٧ .

(٣) فى هذا المعنى أيضاً : جـ - أندريولى ، أشار إليه مارتي وريسو ص ٦٠٠ هامش ١ ؛ دى باج ، أشار إليه أبو ستيت ص ٥٦٦ هامش ١ ؛ وقرب : د . عبدالمنعم البدرولى بند ٣٠١ .

وشروط صحة التصرف القانوني بوجه عام ، يلزم - حتى ترتب الأثر الذي تتجه إليه وهو - كما قلنا - القضاء على الالتزام ، أن تكون تامة المطابقة له . حين لا يعدو تسلم الدائن ما يقدمه له الموفى وفاء لهذا الالتزام وعدم اعتراضه عليه ، أن يكون قرينة على توافر هذا الشرط الخاص ، أو بعبارة أخرى قرينة على توافر هذه المطابقة ومن ثم على صحة الوفاء . فإذا ادعى الدائن عكس ذلك وقع عليه هو عبء إثبات عدم صحة هذا الوفاء ^(١) .

٣٧٥- هذا وقد يقع الوفاء بسيطاً ، حين يتم من جانب المدين نفسه أو من نائبه ، فينقضى حق للدائن وتبرأ في ذلك الوقت ذمة المدين . غير أن حق الدائن قد ينقضى بالوفاء مع بقاء ذمة المدين مشغولة بالدين ، وذلك حين يتم الوفاء من جانب شخص آخر غير المدين ، هذا الشخص الذي يرجع بعد ذلك بما أوفى على هذا المدين ، حالاً محل الدائن . فلا يعتبر من ثم مثل هذا الوفاء وفاء بسيطاً ، مادام أنه لا يخلو ذمة المدين . ويسمى هذا النوع من الوفاء ، الوفاء مع الحلول .

تقسيم :

ونوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين : نعرض في أولهما للأحكام العامة للوفاء ، لنخصص الثاني للوفاء مع الحلول .

(١) وبأخذ بهذا التحديد أيضاً : بيدان ولاجار (وإن كنا يريان في الوفاء ، اتفاقاً) أشار إليهما د . المنهوري جـ ٣ ص ٦٣٦ هامش ٢ .

المبحث الأول الأحكام العامة للوفاء

تقسيم :

نتناول في هذا المبحث الوفاء من حيث : طرفيه ، ومحلّه ، وظروفه .
ونخصص لكل من هذه المسائل مطلباً مستقلاً .

المطلب الأول طرفا الوفاء

٣٧٦- طرفا الوفاء هما للموفى والموفى له :

أولاً : الموفى :

(أ) الوفاء من جانب المدين أو الغير :

٣٧٧- الأصل أن يكون الموفى هو المدين باعتباره صاحب المصلحة

الأولى في إخلاء ذمته مما يتقلها من التزام . وهو يقوم بهذا الوفاء : إما
بشخصه أو عن طريق وكيله . فإذا كان ناقص الأهلية لمكن أن يتم الوفاء
عن طريق من يتوب عنه قانوناً ، كالولي أو الوصي .

٣٧٨- غير أن هذا الأصل لا يمنع من إمكان أن يتم الوفاء في بعض

الأحيان من جانب شخص غير المدين مادامت له مصلحة في . . . داد هذا
الدين . كما في حالة ما إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع السدين (كالمسدين
المتضامن) ، أو ملزماً بوفائه عنه (كالكفيل) . بل يتصور أيضاً أن يقع
الوفاء من الغير ولو لم تكن له مصلحة فيه (كالفضولي) .

(ب) شروط صحة الوفاء :

٣٧٩- على أنه يشترط في الموفى ، ألا كان شخصه ، أن يكون أهلاً للتصرف في الشيء محل الوفاء . وأهلية التصرف - كما هو معروف - تقتضى سن الرشد . فإذا وقع الوفاء من ناقص الأهلية كان قابلاً للإبطال لمصلحته مادام قد لحقه ضرر منه . والغالب - حين يكون الموفى هو المدين نفسه - ألا يجد مصلحته في إبطال الوفاء مادام يترتب على هذا الأخير إسقاط التزامه . إنما يتصور - في بعض الأحيان - أن يلحق الموفى ضرر من الوفاء . كما لو أوفى بدين مؤجل لمصلحته ، أو بشيء من صنف جيد حين أنه لم يلتزم إلا بشيء من صنف متوسط . ففي هذه الأحوال ، يمكنه أن يتمسك بإبطال الوفاء .

كما يشترط - من ناحية أخرى - أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى يفي به وإلا وقع الوفاء قابلاً للإبطال قياساً على حكم بيع ملك الغير . ويجد هذا الشرط تبريره في أن الوفاء يترتب عليه نقل ملكية الشيء إلى الدائن وهو ما يستحيل إذا كان الموفى غير مالك ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه . وفي هذا المعنى نقضى المادة ٣٢٠ بأنه :

« ١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشيء الذى وفى به وأن يكون الموفى ذا أهلية للتصرف فيه .

٢- ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » (١) .

(١) وفضلاً عن هذه الشروط يازم - في حالة الوفاء بالدين من جانب الغير - وحتى يبرئ مثل هذا الوفاء ذمة المدين في مواجهة الدائن - أن تكون إرادة الموفى قد اتجهت إلى الوفاء بدين هذا الغير . « أما إذا ظن أنه يدفع ديناً على نفسه ، فلا يعتبر =

(جـ) مدى حق الدائن فى عدم قبول الوفاء من الغير :

٣٨٠- لكن إذا كان للمدين أو غيره أن يقوم بالوفاء ، فهل يجبر الدائن

على قبول الوفاء من جانب الغير فى كل الحالات؟

بدهى أن من حق الدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الالتزام أن يكون تنفيذه من جانب المدين شخصياً (م ٢٠٨) أما فى غير ذلك من الأحوال ، فإذا تم الوفاء من جانب للغير الذى له مصلحة فيه فإنه سرعاً لهذه المصلحة - يتعين على الدائن أن يقبله حتى ولو اعترض المدين على هذا الوفاء . أما إذا تم من أجنبي لا مصلحة له فيه ، فقد أجاز المشرع للدائن أن يرفض هذا الوفاء « إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » م ٢/٣٢٣ . فالأمر إن جوازى للدائن فى هذا الفرض الأخير ^(١) : فقد يقبل هذا الوفاء رغم اعتراض المدين عليه ، بل الغالب أنه سيقبله مادام أن المدين لم يمت نفسه بعرض الوفاء على الدائن .

= وفاء لدين غيره ، بل وفاء لدين غير مستحق ، فيجوز للموفاى المطالبة باسترداده ، إعمالاً لقاعدة دفع غير المستحق » . انظر نقض مصرى ١٩٨٠/١/٢٨ المجموعة السنة ٣١ ص ٣١٢ رقم ٦٣ .

(١) أما فى فرنسا ، فإن المادة ٢/١٢٣٦ مدنى تجيز أن يتم الوفاء من جانب الغير الذى ليست له مصلحة فيه ، حين يكون للدائن مجبراً على قبول هذا الوفاء ، مادام أن الالتزام غير متعلق بشخص المدين . انظر فى هذا المعنى أيضاً : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٣٧ ؛ ستارك بند ٢٣٨٢ . وقد قضى فى فرنسا بأن الدائن لا يستطيع أن يرفض الوفاء من جانب الغير ، إلا إذا أثبت ضرراً يعود عليه من ذلك . انظر مثلاً : نقض ١٩٥٣/٥/٢٩ (د . ١٩٥٣-٥١٦) ، محكمة السنين المدنية ١٩٤٨/١/١٩ (د . ١٩٤٨-١-١٣٦) .

ويبدو أن المشرع قد قصد بالنص السابق ، أن يدرأ عن نفس المدين منة التفضل عليه من جانب الموفي غير ذى المصلحة فى الوفاء . فأعطاه فرصة الاعتراض عليه حتى يتسنى له السداد بنفسه . وإن كان المشرع لم يمتض فى هذا الطريق إلى تهائنه ، ففضل مصلحة الدائن فى اقتضاء الحق على هذه الاعتبارات الأدبية فى جانب المدين ، وإلا لكان قد ألزم الدائن عندئذ بعدم قبول هذا الوفاء .

(د) رجوع الموفى على المدين :

٣٨١- إذا لم يكن الغير ، الذى أوفى عن المدين ، قد قصد التبرع له بما أوفاه ، كان من حقه أن يرجع بما أوفى على هذا المدين .

ويتأسس هذا الرجوع : إما على فكرة الفضالة حين يكون الوفاء بغير علم المدين ، أو على فكرة الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله ، أو على فكرة الإثراء بلا سبب حين يتم الوفاء بالرغم من اعتراض المدين .

فإذا أوفى الغير للدائن دون علم المدين أو رغم معارضة تحمل هو مخاطر هذا الوفاء ، إذ لن يكون بإمكانه أن يرجع على المدين - سواء تأسس رجوعه على فكرة الفضالة أو الإثراء - إلا بمقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا الوفاء . وعليه يمكن للمدين أن يدفع دعوى الرجوع بجميع الدفوع التى كان يمكنه أن يبديها فى علاقته بالدائن ، كبطلان العلاقة القانونية التى ولدت الدين أو انقضاء هذا الأخير كله أو بعضه لأى سبب من أسباب الانقضاء . وفى هذا المعنى تقضى المادة ٣٢٤ بأنه :

« ١- إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه .

٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع

رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء .

ثانياً : الموفى له :

(أ) الوفاء للدائن :

٣٨٢- الأصل أن يكون الوفاء للدائن . ويقصد بهذا الأخير من تثبت صفة الدائنية وقت الوفاء . سواء كان هو نفس الشخص الذى ارتبط مع المدين فى العلاقة التى ولدت الالتزام أو شخص آخر خلف الدائن الأصلي خلافة عامة (كالوارث) أو خلافة خاصة (كالمحال له) .

غير أنه يلزم أن يكون الموفى له كامل الأهلية . فإذا كان من يستحق الوفاء ناقص الأهلية وجب على الموفى أن يفي لنائبه القانونى . فإن أوفى للقاصر ، وقع الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحة هذا الأخير . فإذا كانت قد عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وقع صحيحاً بقدر هذه المنفعة .

غير أن الدائن قد ينيب عنه من يستوفى الدين ، فيقع الوفاء للنائب صحيحاً مبرئاً لزمة المدين . وقد جعل المشرع من للتقزم بالمخالصة الصادرة من الدائن قرينة على وجود هذه النيابة بين الدائن وبين من يتقدم بهذه المخالصة ، فيقع الوفاء لهذا الأخير صحيحاً . إلا إذا كان قد صار الانقضاء بين الدائن والمدين مسبقاً على استبعاد هذه القرينة حين يكون الدائن قد اشترط على مدينه أن يتم الوفاء له شخصياً .

(ب) الوفاء للغير :

٣٨٣- فإذا وقع الوفاء للغير الدائن أو نائبه كان غير مبرئ لزمة المدين الذى يتعين عليه عندئذ أن يعيد الوفاء مرة أخرى .

ومع ذلك يكون الوفاء للغير صحيحاً مبرراً لنمة المدين في الحالات الاستثنائية التالية :

١- إذا أقر الدائن هذا الوفاء م ٣٣٣^(١)، إذ بهذا الإقرار يأخذ الموفى له صفة النائب عن الدائن وذلك بأثر رجعى من يوم الوفاء^(٢)، وعندئذ يتعين عليه أن يقدم حساباً للدائن شأنه في ذلك شأن الوكيل ، إلا إذا كان الدائن قد قصد بهذا الإقرار أن يتبرع للموفى له بقيمة ما استوفاه .

٢- إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء للغير وبقدر هذه المنفعة (م ٣٣٣)^(٣) كما لو أوفى المدين لدائن للدائن^(٤) .

٣- إذا تم الوفاء بحسن نية لحائز الدين ، أو بعبارة أخرى للدائن الظاهر (م ٣٣٣)^(٥) . وهذا الأخير هو شخص غير دائن حقيقة ولكنه يظهر أمام الكافة على أنه الدائن الحقيقي : (كالوارث الظاهر)^(٦) ، أو المحال

(١) في هذا المعنى أيضاً نص المادة ٢/١٢٣٩ مدنى فرنسى .

(٢) بما يمكن معه القول بأن هذا الغرض لا يعتبر - بدقة - استثناء على القاعدة

السابقة . انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٣ .

(٣) في هذا المعنى أيضاً نص المادة ٢/١٢٣٩ مدنى فرنسى .

(٤) ويتأسس هذا الحكم لدى بعض الشراح على فكرة الإثراء بلا سبب ، فى معنى

أنه لو كان للدائن فى هذه الحالة أن يطالب المدين بالوفاء ، رغم أن دينه هو فى مواجهة دائته قد انقضى بوفاء المدين لهذا الأخير ، فإن الدائن فى هذه الحالة يكون قد أثرى على

حساب مدنيه بلا سبب . انظر جوجلار (دروس مازو) بند ٨٢٣ .

(٥) فى هذا المعنى أيضاً نص المادة ١٢٤٠ مدنى فرنسى .

(٦) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : استئناف كولمر فى ١٨٥٠/١/١٨

(د . ١٨٥١-٢-١٦١) ؛ استئناف رولان ١٨٧٠/٨/١٠ (د . ١٨٧٢-٥-٤٩ وتعليق

لابيه) .

له الحق بحوالة أبطلت^(١) أو فسخت) . ورعاية لحسن نية الموفى ، الذى يعتقد مع الكافة أن من تلقى الوفاء هو الدائن الحقيقى ، يقع هذا اللوفاء صحيحاً مبرئاً لزمة المدين^(٢) . ويكون للدائن الحقيقى أن يرجع على الدائن الظاهر^(٣)؛ طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية باعتباره مخطئاً فى استيفاء الدين ، خطأ ترتب عليه ضرر للدائن حيث برئت ذمة المدين ، إذا كان الدائن الظاهر سئ النية يعلم أنه لا حق له فى استيفاء الدين ، أو بقواعد الإثراء على حساب الغير إذا كان الدائن الظاهر حسن النية .

٣٨٤- على أن جواز اللوفاء للغير فى بعض الحالات يقابله على النقيض حالة يمتنع فيها على المدين أن يفى بالدين للدائن . وذلك حين يوقع دائن هذا الدائن حجزاً على ما لهذا الأخير من دين لدى المدين (وهو ما يسمى بحجز ما للمدين لدى الغير) . إذ يترتب على هذا الحجز حبس المال المحجوز تحت يد المدين (المحجوز لديه) لمصلحة الدائن الحاجز ، فإذا حكم بصحة الحجز تعين الوفاء بهذا المبلغ للدائن الحاجز .

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقصن ١٨٤٧/١/٤ (د . ١٨٤٧-١) .

(١٣٠) .

(٢) ومسألة مدى تولد حسن النية لدى الموفى هى من المسائل التى يستلزم بتقديرها قاضى الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقصن فرنسى (عرائض) ١٨٦٢/١/٢٧ (د . ١٨٦٢-١-٢٢٥) .

(٣) فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٨٥ .

(ج) امتناع الدائن عن قبول الوفاء (العرض الحقيقي والإيداع)^(١):

٣٨٥- ليس من المستبعد أن يتقدم المدين بالوفاء للدائن ، فيرفض هذا الأخير قبول الوفاء ، إما دون مبرر تَعَفُّتاً منه ، أو لاختلاف بينه وبين المدين حول ما يجب الوفاء به . وقد يستلزم الوفاء ضرورة القيام بأعمال معينة يجب أن يشارك الدائن فيها ، فيمتنع عن هذه المشاركة . وقد يعلن الدائن - ابتداءً - أنه لن يقبل الوفاء حين يتقدم به المدين .

وقد كفل المشرع للمدين إمكانية التغلب على ممانعة الدائن في مثل هذه الأحوال ، حين خوله الحق في أن يفي بإرادته وحده ، متبعاً طريقاً يقال له طريق : العرض والإيداع . (المواد من ٣٣٤ - ٣٤٠)^(٢) .

غير أنه قد تقابل المدين المستعد للوفاء بصعوبات من نوع آخر ، كما لو كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه . أو كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء . أو يكون الدين متنازِعاً عليه بين عدة أشخاص . ولما كانت هذه الصعوبات قد يتعذر معها أو يستحيل ، قيام

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٥/١/١٦ المجموعة السنة ٢٦ ص ١٨٧ رقم ٤٤ ؛ ونقض ١٩٧٥/١٢/١٠ للمجموعة السنة ٢٦ ص ١٦٠٦ رقم ٣٠١ .

(٢) ويقابل هذه المواد في فرنسا : المواد من ١٢٥٧-١٢٦٤ مدني . وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٧٢/٢/١٦ (د . ١٩٧٢-١٩٣٨) ؛ نقض (عرائض) ١٩٣٨/١/١٧ (ج ب ١٩٣٨-١-٥٤٢) ؛ وقد جاء فيه أن الحق في الوفاء بهذا الطريق يثبت للموفاى سواء كان هو المدين أم لا) . وراجع في تفاصيل نظام العرض الحقيقي والإيداع في القانون الفرنسي : كاريونيه للصفحات من ٤٧٢-٤٧٣ بند ١٢٩ ؛ كولان وكاييتان ودی لامورانديير للبند من ٢٩٨-٣٠١ ؛ جوسران البند من ٨٦٦-٨٦٩ .

المدين ببعض مراحل الطريق سابق الذكر ، فإن للظاهر من نص المادة ٣٣٨ أن المشرع قد أجاز للمدين أن يقوم بالإيداع مباشرة ، وهو آخر مراحل هذا الطريق . تلك المراحل التي يمكن تلخيصها على النحو التالي :

١- الإعذار :

٣٨٦- إذا مانع الدائن في قبول الوفاء كان للمدين بموجب المادة ٣٣٤ ، كإجراء أول ، أن يسجل عليه هذه الممانعة أو هذا الرفض بإعلان رسمي على يد محضر فيكون بذلك قد تم إعذاره .

ويترتب على هذا الإعذار ، وفقاً للمادة ٣٣٥ ، أن يتحمل الدائن « تبعه هلاك الشيء أو تلفه » ، إذا كانت قبل هذا الإعذار على عاتق المدين (كأن يرفض المشتري تسلم المبيع ، فيعذره البائع بالتسليم ، فتنتقل تبعه الهلاك إلى المشتري) ، وأن يقف « سريان الفوائد » لتفاقمه كانت أم قانونية ، وأن يصبح « للمدين الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن » ، وهي المرحلة التالية من مراحل العرض الحقيقي والإيداع . وأخيراً أن يطالب الدائن « بتعويض ما أصابه من ضرر » .

٢- العرض الحقيقي :

٣٨٧- بعد الإعذار ينتقل المدين إلى المرحلة الثانية وهي مرحلة العرض الحقيقي . وقد نظم قانون المرافعات إجراءات هذه المرحلة حين فرقت المادة ٤٨٧ منه بين ما إذا كان محل الالتزام مما يمكن تسليمه للدائن في موطنه (كالنقد) حين يكون عرضها عن طريق تسليمها للمحضر الذي يقوم بعرضها عرضاً فعلياً على الدائن في موطنه ، وبين ما لا يمكن تسليمه من الأعيان بهذا الشكل ، حين يكون عرضه بمجرد تكليف الدائن - على يد محضر - بتسلمه . فإذا رفض الدائن العرض ، أثبت المحضر ذلك في

محضر العرض أو فى ورقة التكليف وكان للمدين أن ينتقل إلى المرحلة التالية .

٣- الإيداع :

٣٨٨- لا محل لهذه المرحلة إذا قبل الدائن العرض . فعندئذ يثبت المحضر ذلك القبول فى محضره ، ويسلمه المعروض . فيكون الوفاء قد تم . على أن يلتزم الدائن بمصروفات هذا العرض .

أما إذا رفض ، فلا يكون أمام المدين إلا ملوك مرحلة الإيداع ، وهى مرحلة تختلف طريقتها باختلاف محل الالتزام . فإذا كان المعروض نقوداً « قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لكتابة المحضر (محضر العرض) على الأكثر . وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه » م ١/٤٨٨ مرافعات . أما إذا كان المعروض « شيئاً غير النقود » وكان « مما يمكن نقله » جاز للمدين « أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة ، الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى » . فإذا كان - على العكس - من غير النقود ولا يمكن نقله لأنه من الأشياء المعدة للبقاء حيث وجدت ، جاز للمدين « أن يطلب وضعه تحت الحراسة » م ٢/٤٨٨ مرافعات .

غير أن المعروض قد يكون من الأشياء « التى يسرع إليها التلف أو التى تكلف نفقات باهظة فى إيداعها أو حراستها » . عندئذ أجاز المشرع المدنى للمدين أن يبيع هذه الأشياء « بالمزاد العلنى » بعد استئذان القضاء ، « وأن يودع الثمن خزانة المحكمة » م ١/٣٣٧ مدنى إلا إذا كان الشيء « له سعر معروف فى الأسواق أو كان للتعامل فيه متداولاً فى البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة

بالسعر المعروف « م ٢/٢٣٧ مننى .

٤- الحكم بصحة العرض والإيداع :

٣٨٩- تجيز المادة ٤٩١ مرافعات ، للدائن أن يقبل العرض الذى سبق له رفضه وأن « يتسلم ما أودع على ذمته » طالما أن المدين لم يكن قد رجع فى عرضه ، وهو حق له مادام لم يصدر بعد حكم بصحة العرض أو قبوله من جانب الدائن ، وعندئذ تبرأ ذمة المدين بقبول الدائن من وقت العرض لا الإيداع . لما إذا استمر الدائن فى رفضه كانت آخر مرحلة فى هذا الصدد هى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بشأن مدى صحة العرض والإيداع ، إذا قد ينازع الدائن فى صحة العرض فيطلب إلى القضاء الحكم ببطلانه ، وقد لا ينتظر المدين نفسه منازعة الدائن فيبادر هو إلى طلب الحكم بصحة العرض ^(١) . فإذا حكم نهائياً بصحة العرض برئت ذمة المدين وضم شركائه فى الدين وضم الضامنين له من وقت العرض لا من وقت الإيداع .

ويبقى - فى النهاية - أن نشير إلى أن بإمكان المدين أن يرجع فى عرضه طالما لم يكن الدائن قد قبله أو صدر حكم نهائى بصحته ، وعندئذ يعتبر العرض كأن لم يكن . فَيَبْقَى ذمة المدين مشغولة بالدين ، وكذلك ضم شركائه فيه ، وضم للضامنين له . ويتحمل هو بمصروفات العرض (م ١/٢٤٠) . أما إذا أراد المدين أن يرجع فى العرض « بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته ، وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « لا يمنع من صحة الإيداع أن يكون

مطلقاً على شرط يحل للمدين رفضه » ١٩٧٨/٥/٢٥ المجموعة السنة ٢٩ ص ٣٢٨

رقم ٢٥٩ .

الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات ، وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة للضامنين » م ٢/٢٤٠ .

المطلب الثانى

محل الوفاء

٣٩٠- يتعين على المدين من ناحية أن يفي للدائن بذات الشيء المستحق ، ومن ناحية أخرى أن يفي به كله .
حق الدائن فى الحصول على ذات ما التزم به المدين :

٣٩١- يجب على المدين أن يفي للدائن بذات الشيء المستحق أصلاً .
ولا يمكن جبر الدائن على قبول شيء غيره « ولو كان هذا الشيء مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى » م ٣٤١ مدنى (١) .

فإذا كان محل الالتزام نقوداً ، تعين الوفاء به نقداً ، ويحق للدائن أن يرفض الوفاء بشيء آخر ولو كان لكبر قيمة . بل إن له أن يرفض استيفاء حقه النقدي عن طريق الشيكات (٢) أو الأوراق التجارية الأخرى . إنما لا يلتزم المدين إلا بقدر عدد النقود « المنكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أئثر » م ١٣٤ مدنى (٣) .

وإذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات فلا يجبر الدائن

(١) ويقابلها فى فرنسا المادة ١٢٤٣ مدنى .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن وفاء الدين بطريق الشيك هو وفاء معلق على شرط التحصيل ، حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ للمجموعة لسنة ٢٧ ص ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

(٣) ويقابلها فى فرنسا المادة ١٨٩٥ مدنى .

على قبول غيره . فإذا كان معيناً بالتنوع تحين الوفاء به على توجه الذى اتفق عليه المتعاقدان . فإن كانا لم يتفقا « على درجة للشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من الظروف لو من أى ظرف آخر ، للترم لمدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » م ٢/١٣٣ .

أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل ، وقد « نص الاتفاق ، أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » م ٢٠٨ .

حق الدائن فى رفض الوفاء الجزئى :

٣٩٢- ويتعين على المدين أيضاً أن يفي للدائن بكل الشيء المستحق . فلا يمكن جبر الدائن على قبول وفاء جزئى لحقه (م ٣٤٢) ^(١) حتى ولو كان التزام المدين (أى حق الدائن) مما يمكن بطبيعته أن ينقسم ^(٢) . ويمتد مبدأ عدم تجزئة الوفاء إلى فوائد الدين ، فإذا كانت هذه الأخيرة قد استحقت ، شكلت هى وأصل الدين وحد واحدة ، بحيث لا يمكن جبر الدائن على قبول تجزئة الوفاء واستيفاء أحدهما دون الآخر .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء تقبل فى الواقع استثناءات متعددة : فيجوز - من ناحية - وهى لا تعدو أن تكون قاعدة مقررة - أن يستبعد تطبيقها بالاتفاق ، الذى ، قد يقع صريحاً حين يتفق للطرفان فى العقد (وهو

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذه القاعدة : استئناف كولمار ١٩٥٥/١٠/١٤ (ج ب ١٩٥٦-١-٦٦) . وتطبق هذه القاعدة - من باب أولى إذا كان الوفاء الجزئى قد تم من جانب الغير ، انظر : نقض فرنسى ١٩١٣/١/٢٤ (د . ١٩١٧-١-٣٨) . وانظر فى مبررات هذه القاعدة : جوجلار (بروس مازو) بند ٨٨٧ .
(٢) فى هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ٢٣٨٩ .

أمر شائع) على إمكان الوفاء على أجزاء أو على أقساط دورية . أو يقع ضمناً حين يعرض المدين - بالفعل - وفاء جزئياً لدينه فيقبله الدائن منه .

كما أنه يجوز للقاضي بموجب المادة ٢/٣٤٦ أن ينظر المدين إلى آجال معقولة ينفذ فيها التزامه . وعندئذ سوف يقع الوفاء على أجزاء . هذا إلى أن بإمكان المدين إذا أصبح دائناً للدائن بمبلغ أقل مما هو ملتزم به نحوه أن يتمسك بالمقاصة ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، لتبقى ذمة المدين مشغولة بالجزء الباقي من الدين . ويكون للدائن قد أجبر بطريق غير مباشر على قبول وفاء جزئى لحقه .

غير أن قاعدة عدم تجزئة الوفاء ليست في الحقيقة مقررة لصالح الدائن وحده ، إذ للمدين - بدوره - مصلحة في أن يفي الدين كاملاً حتى تبرأ ذمته نهائياً . ولذلك يجوز له ، إذا كان الدائن قد أراد استيفاء بعض حقه ، أن يصر على إيفائه كاملاً . اللهم إلا إذا كان الدين « متنازعا في جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » م ٢/٣٤٢ .

دفع مبلغ من حساب ديون متعددة (تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات) :

٣٩٣- إن نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء ينحصر في الدين الواحد . فإذا كان في ذمة المدين - على العكس - عدة ديون لدائنه ، فإن كل دين منها يستقل عن الآخر وتطبق بشأنه وحده قاعدة عدم التجزئة . ليظل من حق المدين أن يفي أى منها كاملاً فلا يكون للدائن أن يرفض هذا الوفاء بمقولة أنه وفاء جزئى لمجموع ما في ذمة المدين من ديون .

غير أن تعدد الديون في ذمة المدين ، يثير مشكلة من نوع آخر ، إذا

كانت هذه الديون جميعها للدائن وللد ، ومن جنس واحد ، وكان مما أدياه المدين غير كاف لوفائها كلها ، بما يثور معه التساؤل عن تحديد الديون التي يتعين أن يخصم منها ما دفعه للمدين . وهذه هي مسألة تعيين جهة الدفع أو خصم المدفوعات .

وقد حسمت هذه المسألة المادتان ٣٤٤ ، ٣٤٥ منى ^(١) حين جعلتا الحق فى التعيين للمدين نفسه أولاً ، وإلا تم ذلك التعيين وفقاً لمعايير وضعه القانون نفسه ، فإذا لم يصدق أى معيار منها انتقل التعيين للدائن .

(أ) خيار التعيين للمدين :

٣٩٤- للمدين - أولاً - بموجب المادة ٣٤٤ أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ^(٢) . حين يلتزم للدائن ، عندئذ ، بقبول هذا التعيين ، مالم يحل بين المدين واستعمال هذا الحق مانع قانونى أو اتفاقى .

فقد يتفق الطرفان مسبقاً على ترتيب الديون فى الدفع . وقد يصطدم اختيار المدين بموانع قانونية ، من ذلك على سبيل المثال : أنه لا يستطيع أن يجرى الخصم من دين أكبر من المبلغ المنفوع ، لأن الوفاء فى هذه الحالة

(١) ويقابل هاتين المادتين ، فى فرنسا ، نص للمواد من ١٢٥٣-١٢٥٦ من المجموعة المدنية ، وإن كان للتنظيم القانونى لهذه المسألة فى القانون الفرنسى يختلف إلى حد ما عن تنظيم القانون المصرى لها . راجع فى هذا التنظيم : مارتى وريبو بند ١٦٠٦ جوجلار (دروس مازو) بند ٨٨٨ .

(٢) أنظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٧٦٦ رقم ٣٤١ . وقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأن حق المسدين فى تعيين الدين المراد الوفاء به ، عند تعدد لاديين ، هو مسألة واقع ، ومن ثم لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، فنظر حكم ١٩٧٦/١/١٠ المجموعة السنة ٢٧ ص ٢٤٥ رقم ٥٨ .

سيكون وفاءً جزئياً (فى خصوص هذا الدين) وقد عرفنا أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء للجزئى . كما أنه لا يستطيع - من ناحية أخرى - أن يجرى الخصم من دين مؤجل إذا كان الأجل لمصلحة الطرفين معاً (كقرض بفائدة) أو من باب أولى إذا كان الأجل لمصلحة للدائن وحده ، لأن المدين بذلك إنما يجبر الدائن - بإرادته المنفردة - على إسقاط الأجل ، وهو غير جائز إلا حين يكون الأجل قد تقرر لمصلحته وحده .

(ب) تعيين الخصم بواسطة القاتون :

٣٩٥- إذا لم يستعمل للمدين حقه فى التعيين ، تعين إجراء الخصم وفق المعايير التى حددتها المادة ٣٤٥ ، حين فرقت فى هذا الشأن بين فرضين : فرض ما لو كان أحد الدينون حالاً والآخر مؤجلاً ، وعندئذ يكون الخصم « من حساب الدين الذى حل » . وفرض ما لو تعذرت الديون الحالة ، وعندئذ يكون الخصم من حساب « أشدهما كلفة على المدين » . أو بعبارة أخرى، من حساب الدين الذى يكون للمدين مصلحة أكبر فى سداده ^(١) . فالدين الذى يغل فوائد -- على سبيل المثال -- أو الذى يضمنه رهن أو الذى مازال يبقى على سقوطه بالتقادم مدة طويلة ، يعتبر أشد كلفة على المدين من دين آخر لا يغل فوائد ، أو لا يضمنه رهن أو أوشك على السقوط ، بما يجعل من مصلحة المدين أن يفي به دون الآخر .

(جـ) حق الدائن فى التعيين :

٣٩٦- فإذا لم يكن بالإمكان تطبيق أى من المعيارين السابقين ، لتعدد

(١) وهذه مسألة واقع ، تترك للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع . فى هذا المعنى مارتن وريغو بند ٦٠٦ ، ونقض فرنسى (عراقض) ١٨٦٢/٥/٢٠ (د . ١٨٦٢-١٠٧) ، ونقض ١٨٨٤/٧/٢٢ (د . ١٨٨٤-١٠٧) .

الديون الحالة ، وسأوبها في الكلفة ، تنتقل التعيين إلى الدائن ^(١) مادام
الفرض أن المدين نفسه لم يقم بالتعيين .

ترتيب الخصم في حالة الدين الواحد الذي تتبعه ملحقات :

٣٩٧- أدخل المشرع في مسألة تعيين جهة الدفع ، حالة ما إذا كانت
ذمة المدين مشغولة بدين واحد تتبعه ملحقات من فوائد ومصرفات . فأوجب
في المادة ٣٤٣ إذا كان ما أداه المدين لا يفي بالدين مع كل هذه الملحقات ،
أن يجري خصم ما دفع « من حساب المصروفات ، ثم من الفوائد ثم من
أصل الدين . كل هذا ما لم يتفق على غيره ^{(٢)(٣)} .

المطلب الثالث

ظروف الوفاء

زمان الوفاء :

٣٩٨- الأصل أنه مادام للزام المدين مستحق الأداء لم يتفق على
تأجيله ، ولم يكن معلقاً على شرط ولقف ، فإنه يتعين عليه أن يفي به فوراً ،
وإلا أمكن للدائن قهره جبرياً على هذا التنفيذ . وفي هذا المعنى نقضى
المادة ١/٣٤٩ بأنه « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام

(١) ويعتقد بعض الشراح أن اتفاقاً لاحقاً بين المدين والدائن يمكن أن يعدل من
التعيين الذي سبق أن قام به هذا الأخير ، بشرط عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة للأغيار،
انظر في هذا المعنى : مارتى وريزو بند ٦٠٦ ، وقرن : نقض فرنسي ١٨٧٤/١٢/٨
(د . ١٨٧٥-١-٣٣) ، ١٨٨٣/٧/٢٣ (د . ١٨٨٤-١-١٨٠) .

(٢) راجع من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٦/١٢/٣٠ المجموعة السنة
٢٧ ص ١٨٥٧ رقم ٣٤٠ .

(٣) وتأخذ المجموعة المدنية للفرنسية بنفس الحكم في المادة ١٢٥٤ .

نهائياً في ذمة للمدين « .

غير أن الفقرة الثانية من نفس النص أجازت « للقاضي ، في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص للقانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو أجل ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . ويسمى الأجل القضائي في هذه الحالة بنظرية الميسرة .

مكان الوفاء :

٣٩٩- إذا لم يتفق للطرفان على تحديد المكان الذي يجب أن يتم فيه الوفاء تعينت التفرقة بموجب المادة ٣٤٧ بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات حيث يجب تسليمه « في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام » ، وبين ما عداه من الالتزامات الأخرى ، حيث يكون الوفاء بها « في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال » .

نفقات الوفاء :

٤٠٠- وتكون نفقات الوفاء أيّاً كان نوعها (كنفقات الوزن ، أو إرسال الدين إلى الدائن إذا كان مشروطاً للوفاء في موطن هذا الأخير) ، على المدين، وذلك بموجب المادة ٣٤٨ « إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ^(١) . ومن أمثله النصوص التي تجعل نفقات الوفاء على الدائن ، نص المادة ٤٦٢ التي تجعل « نفقات البيع . . . على المشتري » - وهو الدائن

(١) ورغم أن المادة ١٢٤٨ مندى فرنسي ، المقابلة لهذه المادة ، لا تتضمن هذا الاستدراك ، إلا أن من المسلم به في فرنسا أن نصها غير آمر ، ومن ثم يمكن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم . انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٩٠ .

البحث الثاني

الوفاء من الحلول^(١)

Le Paiement avec Subrogation

المقصود به ، والغرض منه :

٤٠١- الوفاء مع الحلول ، هو نظام قانونى مركب ، يتطوى على وفاء للحق بالنسبة للدائن وانتقال لهذا الحق بالنسبة للمدين^(٢) .

ويفترض هذا النوع من الوفاء أن يكون الموفى شخصاً غير المدين ، ولم يقصد بوفائه أن يتبرع للمدين . فإذا كان هذا الوفاء يقضى على حق الدائن ، إلا أن نمة للمدين تبقى مشغولة فى مواجهة الموفى . وقد سبق أن عرفنا أن لهذا الأخير أن يرجع على المدين بدعوى شخصية لاقتضاء ما أوفاه ، وتتأسس هذه للدعوى : إما على الفضالة أو الوكالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

٤٠٢- غير أنه يبدو أن للمشرع ، قد أراد أن يشجع^(٣) الغير على وفاء دين المدين ، خاصة إذا كانت لهذا الغير مصلحة فى هذا الوفاء . فجعل

(١) راجع فى تنظيم هذا النوع من الوفاء فى القانون الفرنسى : جوجلار (دروس مازو) البنود من ٨٤٣-٨٥٩ .

(٢) راجع - بوجه عام - فى الطبيعة القانونية للحلول : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٦١ ، مارتى ورينو بند ٦٠٧ ؛ كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ٣١١ د . السنهورى ج٣ البنود من ٤٠٢-٤٠٥ .

(٣) فى هذا المعنى أيضاً مارتى ورينو بند ٦٠٧ .

له - فضلاً عن الدعوى الشخصية - أن يحل بما دفع في مركز الدائن .
فيسمى للوفاء في هذه الحالة وفاء مع الحلول .

والهدف الرئيسي من هذا الإحلال ، أن يفيد الموفى - في رجوعه على المدين - بالضمانات التي كانت تضمن حق الدائن الموفى له ^(١) . وبالتالي يطمئن الموفى إلى أنه سيكون عند التنفيذ على أموال المدين مفضلاً - بهذا الحلول - على غيره من الدائنين عند التزاحم . حين أنه لو رجع بالدعوى الشخصية لتحمل خطر مزاحمة الدائنين الآخرين له ، بما يحتمل معه ألا يحصل على كامل حقه ، إذا وقعت قسمة الغرماء نتيجة إعسار المدين . بل وقد لا يحصل على شيء مما أوفى إذا سبقه إلى استيفاء الحق دائنون آخرون مفضلون عليه بما لهم من تأمين عيني يضمن حقوقهم .

وقد كان يكفي لكفالة هذا الهدف مجرد إحلال الموفى محل الدائن في حق هذا الأخير بما يكفله من ضمانات فصعب . غير أن المشرع لم يقتصر على ذلك وإنما تصور الحلول بكامل أبعاده ، فجعل الموفى يحل في نفس مركز الدائن ، ليكون له حق هذا الأخير بخصائصه ، وتوابعه وتأميناته ودفعه . وطبقاً لهذا للتصوير ، فقد يبدو الرجوع بالدعوى الشخصية أكثر ميزة للموفى من دعوى الحلول في بعض الأحيان . كما لو كانت دعوى الدائن - على سبيل المثال - قد لوشكت على السقوط بالتقادم ، حين أن مدة التقادم في صدد الدعوى الشخصية ، لا تبدأ إلا من وقت الوفاء . وقد لا يكون حق الدائن منتجاً لفوائد ، أو لتق بشأنه على أقل من الفوائد القانونية ، حين يجد الموفى من مصلحته ، إذا كان بوفائته وكيلًا أو فضوليًا عن المدين ، أن يرجع على هذا الأخير بالدعوى الشخصية ليكون له فوائد ما أوفى بسعرها للفائز من يوم الوفاء .

(١) في هذا المعنى جوجلار (دروس ملازو) بند ٨٤٣ .

غير أن الوفاء مع الحلول ، وإن بدا للوهلة الأولى ، قريب منه بغيره ، حواله الحق ، إلا أنهما في الواقع يختلفان في الغرض ، وفي شروط الإنعقاد والنفاد ، وكذلك فيما يترتب على كل منهما من آثار . وسوف نشير إلى هذه الفوارق من خلال تأييد البحث في حالات الوفاء مع الحلول وما يترتب عليه من آثار وذلك منعاً للتكرار ^(١) .

تقسيم :

نوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين : نخصص أولهما لحالات الوفاء مع الحلول لنكرس الثاني لما يترتب على الحلول من آثار .

المطلب الأول

حالات الوفاء مع الحلول

٤٠٣- يجد الحلول مصدره ، إما في نص للقانون ، حين يسمى « بالحلول القانوني » ، أو في الاتفاق ، حين يسمى « بالحلول الاتفاقي » .
أولاً : الحلول القانوني ^(٢) :

٤٠٤- حددت حالات للحلول القانوني ، المادة ٣٢٦ والتي بموجبها

(١) راجع بوجه عام ، في أوجه الاختلاف بين الوفاء مع الحلول وحالة الحق : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٩ ؛ ستارك بند ٢٣٤٨ ؛ مارتى وريغو بند ٦٠٧ ، كولان وكابيتان ودي لامورالديير بند ٣١٩ ، د. السلهوري جـ٣ البنود من ٤٠٦-٤١٠ .
(٢) انظر في حالات الحلول القانوني في القانون الفرنسي ، طبقاً للمجموعة المدنية ، وكذلك حالات الحلول التي قررتها نصوص خاصة لاحقة على هذه المجموعة : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٥٥ ؛ مارتى وريغو ، للبندان ٦١٨ ، ٦١٩ ؛ كلارونييه بند ١٣٠ ص ٤٧٨-٤٧٩ ؛

يحل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

١- إذا كان الموفى ملتزماً بوفاء الدين مع المدين أو ملتزماً بوفائه عنه :
م ١/٣٢٦ (١) :

ويكون الموفى ملتزماً بالدين مع المدين إذا كان متضامناً معه فيه أو كان شريكاً معه فى دين غير قابل للانقسام (٢) . كما يكون الموفى ملتزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً له ، شخصية كانت هذه الكفالة أم عينية .

٢- وفاء الدين للمتأخر لدائن متقدم : م ٣/٣٢٦ ب :

نفترض هذه الحالة أن يكون المدين قد رهن عقاره لدائنين على التوالى: فإذا شرع الدائن المتقدم فى التنفيذ على العقار ليستوفى حقه من ثمنه (وهو يستوفيه فى هذا القرض بالأولوية على الدائن المتأخر) ، فقد يجد الدائن الآخر من مصلحته أن يمنع هذا التنفيذ ، إذا كان الوقت غير ملائم لبيع العقار ، بما يحتل معه ألا يكون الثمن كافياً للوفاء بالحقين معاً . حين أنه لو أرجئ البيع إلى فرصة مناسبة لكان من الممكن أن يتبقى من حصيلة التنفيذ — بعد خصم حق الدائن المتقدم — ما يكفى للوفاء بحق الدائن المتأخر . عندئذ يكون من مصلحة هذا الأخير أن يفى هو حق الدائن المتقدم فيحل محله ويترتب التنفيذ إلى الوقت المناسب . كما تتحقق هذه الحالة من باب أولى لو كنا بصدد دائنتين أحدهما يسبق الآخر بما له من تأمين عينى حين أن الآخر مجرد دائن عادى .

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ٣/١٢٥١ مدنى . انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ (ج .ك .ب ١٩٥٦-٩٢٦٣ وتعليق سافاتييه) .
(٢) ويؤكد القضاء الفرنسى أن هذا القرض من الحلول يطبق أيضاً فى حالة الالتزام التضامنى in Solidum ، انظر مثلاً : نقض ١٩٥٦/٢/٢٩ مسابق الإشارة ، ونقض ١٩٥٨/١١/٣ (ج .ب ١٩٥٩-١٣) .

٣- وفاء الحائز للعقار بالدين للمضمون : م ٣٢٦/جـ :

حائز العقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني ، دون أن يكون مسئولاً شخصياً عن الدين . .

فإذا أراد الدائن المرتهن بما له من حق التمتع أن يباشر التنفيذ على العقار الذي انتقلت ملكيته إلى الحائز ، فقد يجد هذا الأخير من مصلحته ، رءاً للتنفيذ على عقاره أن يفي للدائن المرتهن حقه ليحل محله في ذات الحق بضماناته . فإذا كان هذا الحق مضموناً برهن على عقار آخر ، ضمن هذا الرهن حق الحائز قبل المدين .

بل أكثر من ذلك ، يحل للحائز بما دفعه في نفس الرهن الذي كان للدائن الموفى له ، على نفس العقار الذي آل إلى الحائز . ليصبح الحائز بمثابة الدائن المرتهن لملكه . وتظهر مصلحته في ذلك إذا كان العقار الذي آل إليه ، مثقلاً برهن نال في المرتبة ، وكانت قيمة هذا العقار لا تزيد على الدين الذي أوفى به للدائن المتقدم وحل محله فيه ، إذ سيترتب على الحلول هنا أن تتعدم مصلحة الدائن المتأخر في مباشرة للتنفيذ على عقار الحائز ، مادام الفرض أنه إن يتبقى له من حصيلة التنفيذ شيء ، بعد استيفاء الحائز (كحال محل الدائن المتقدم) كامل حقه .

هذا ويلاحظ أن الفقرة جـ من المادة ٣٢٦ حين ذكرت هذه الحالة من حالات الحلول ، لم تعرض إلا لفرض واحد من فروض حائز العقار ، وهي حالة ما إذا كان هذا الأخير قد اشترى العقار ودفع ثمنه لدائنين خصص هذا العقار لضمان حقوقهم . وأساس اختصاص هذا الفرض بالذكر أنه الأكثر وقوعاً في العمل . وإن كان ذلك لا يمنع أن كل حائز للعقار المرهون له أن يستعمل هذا الحق في الحلول .

٤- حالات أخرى :

وأخيراً تجيز الفقرة د من نفس النص للموفى حق الحلول إذا كان هناك نص خاص يقضى بذلك . ومن أمثلة هذه النصوص ما يقضى به القانون المدني فى خصوص التأمين من الحريق حين تخول المادة ٧٧١ مدنى للمؤمن أن يحل ، بما دفعه من تعويض بسبب الحريق ، فى الدعاوى التى تكون للمستأمن قبل المسئول عن الحريق . (وراجع أيضاً نص المادة ١٥٨ تجارى فى خصوص دفع الكمبيالة بطريق التوسط) .

ثانياً : الحلول الاتفاقية :

٤٠٥- قد يجد الحلول مصدره فى الاتفاق الذى قد يتم : إما بين الدائن والموفى ، أو بين المدين والموفى .

أ- الحلول بالاتفاق مع الدائن :

٤٠٦- تجيز المادة ٣٢٧ مدنى « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله » ^(١) .

وتختلف هذه الصورة من صور الحلول عن حوالة الحق ، وإن بدت

(١) وتشترط المادة ١/١٢٥٠ مدنى فرنسى ، المقابلة لهذا النص ، أن يكون الاتفاق فى هذا الغرض من الحلول ، صريحاً . لكن المصمم به فى الفقه الفرنسى أن ذلك لا يعنى ضرورة استخدام لفظة الحلول بنصها فى هذا الاتفاق ، وإنما المقصود به ضرورة أن يكون اتفاق الطرفين على الحلول واضحاً فى معناه لا يحتمل لبساً ، وأن مثل هذا الاتفاق لا يصح أن يستخلص ضمناً . انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٨٨٩ ، كولان وكابيتان ودى لامورلنديير بند ٣١٣ ؛ ملرتى ورينو بند ٦١١ .

قريبة الشبه منها ^(١) . فقد أجازت المادة السابقة هذا الحل « ولو لم يقبل المدين » . ومعنى ذلك أن هذا الحل ينفذ في مواجهة المدين والغير دون حاجة إلى أى إجراء ^{(٢)(٣)} . حين أن حوالة الحق ، وإن أمكن انعقادها بين الدائن والمحال له ، إلا أن نفاذها في حق المدين أو الغير موقوف على رضا هذا المدين بها أو على الأقل على إعلائه بها إعلاناً رسمياً .

كذلك يختلف النظامان من حيث الهدف . ففي الوفاء مع الحلول ، يكون الوفاء هو المقصد الأساسى من هذا النظام ، وما تغير شخص الدائن وحلول الموفى محله إلا نتيجة تبعية . حين يكون استبدال شخص المحال له بشخص الدائن الأصلى فى حوالة الحق هو الهدف الأساسى من الحوالة ، ولذلك فإن الموفى - فى غالب الأحيان - إنما يتدخل بقصد إسداء خدمة للمدين الذى أوفى عنه . ولذلك فإن حقه فى الرجوع على هذا الأخير يكون مقيداً بقدر ما دفع من ماله للدائن وليس بقدر حق هذا الأخير فى مواجهة المدين . حين يغلب - على العكس - فى حوالة الحق ، أن يكون المحال له مضارباً ، يقصد استثمار أمواله ، فيستترى من الدائن المحيل حقه فى مواجهة

(١) وبديهي أن للقضاء رقابته على ما يعطيه المتعاقدان من تحديد للطبيعة القانونية للعقد ، ومن ثم فليس ما يمنع أن يرى قضاء الموضوع ، فى اتفاق ما ، حوالة حق حتى ولو كان المتعاقدان قد استخدما فى شأنها لفظة الحلول . فنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٣/٤/١٩٤٨ (س . ١٩٤٨-١-١٦١) .

(٢) اللهم إلا فيما يتعلق بتاريخ الاتفاق على هذا الحلول ، حيث لا يكون بالإمكان الاحتجاج به على الأغيار إلا منذ أن يكون ثابتاً بوجه رسمى .

(٣) وقد يحث - تبعاً لذلك - أن يفى المدين لدائنه القديم بحسن نية ، أى وهو يجهل ذلك الوفاء الذى تم له من جانب الغير . وقد قضى فى هذا الخصوص بأن وفاء المدين فى هذه الحالة يكون صحيحاً ومن ثم ميراثاً لذمته . فظهر استئناف باريس ١٩٧٠/١/٢٣ (ج . ك . ب . ١٩٧١-٢-١٦٨٣٧ وتعليق جافالدا) .

المدين ، لقاء مبلغ أقل ، إما لأن هذا الحق موجباً ، أو متنازعا فيه ، ليرجع بعد ذلك على المدين بكامل حق الدائن المحيل ، مستفيداً من الفرق بين ما دفع وبين ما يسترد .

وينعكس هذا الاختلاف في الهدف على مسئولية الدائن في كل من النظامين . ففي حوالة الحق بعوض ، ينقل الدائن للمحال له حقه في مواجهة المدين ، ومن ثم يكون من الطبيعي أن يلتزم في مواجهة المحال له بضمان وجود الحق المحال وقت الحوالة . فإذا تحقق هذا الضمان ، رجع المحال له على المحيل بالتعويض عن كل ما خسره ، وهو يشمل المبلغ الذى دفعه للمحيل كضمن للحوالة ، مضافاً إليه فوائد ، ومصاريف الحوالة . أما فى الوفاء مع الحلول ، فإن الدائن لا ينقل شيئاً للموفى ، وإنما على العكس يتلقى منه حقه . وبالتالي لا يتصور أن يكون للدائن مسئولاً بالضمان فى مواجهة الموفى . وحتى إذا تبين أن الحق الذى استوفاه الدائن من الموفى غير موجود ، إما لانقضائه أو لبطلان التصرف الذى نشأ عنه ، فإن رجوع الموفى على الدائن لا يكون إلا وفقاً لقواعد استرداد ما دفع بدون وجه حق ، حيث يقتصر حق الموفى على استرداد ما دفعه فقط ، ولا يحق له أن يطالب بفوائد ما دفع ، اللهم إلا إذا كان الدائن سيئ النية يعلم حين القبض بعدم أحقيته فى الوفاء .

٤٠٧- هذا وتشرط المادة ٣٢٧ ، لإمكان الحلول بالاتفاق بين الدائن والموفى ، ضرورة ألا يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ^(١) . بمعنى

(١) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط الذى يجرى عليه أيضاً نص المادة ١/١٢٥٠ منلى : نقض (تجارى) ١٩٦٥/١٢/١٤ (ج ب ١٩٦٦-١-٢٧٨) ، استئناف تولوز ١٩٥٤/١١/٩ (ج ب ١٩٥٥-١-٤٩) .

ضرورة أن يكون متعصراً معه ^(١) . ويجد هذا الشرط تبريره في اعتبار نظري وآخر عملي :

فمن الناحية النظرية : لا يتصور إمكان تأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء ؛ لأنه يترتب على الوفاء انقضاء حق الدائن ، وعندئذ لا يتصور أن يحل الموفى في حق أصبح لا وجود له ^(٢) .

(١) وعلى ذلك صريح نص المادة ١/١٢٥٠ منى فرنسي سابقة الإشارة . ويؤكد بعض الشراح الفرنسيين أن الحلول لا يجوز قبل الوفاء ، حيث أن الأخير هو شرط للأول ، ولا يعدو الاتفاق بين الدائن ومن يريد الوفاء بدين الغير على أن الموفى مسوف يحل بوفائه محل للدائن ، أن يكون مجرد وعد بالحلول . انظر في هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ . وتبعاً لذلك يرى البعض أيضاً ، أن الشروط التي ترد عادة في وثائق للتأمين من الأضرار ، والتي بموجبها يحل المؤمن محل المستأمن فيما يكون لهذا الأخير من حق في التعويض قبل المتسبب في الضرر ، إنما تتحلل في حوالة حق محتمل وليس في حلول بالمعنى الدقيق : من هذا الرأي بلانيول وريبر بواسطة رادوان ، أشار إليهم مارتى ورينو ص ٦٤٤ هامش ٣ . أما بعد صدور قانون للتأمين الفرنسي في ١٣ يولية ١٩٣٠ وما قررته المادة ٣٦ منه من حق للمؤمن في الحلول القانوني محل المستأمن ، فإن محكمة النقض الفرنسية لم تعد تجيز للمؤمن أن يدعى في هذا الفرض بأن المستأمن قد أحال إليه حقه في التعويض في مواجهة الغير (أى المتسبب في الضرر) بالنظر لاختلاف آثار حوالة الحق عن آثار الحلول . أشار لذلك مارتى ورينو ص ٦٤٤ هامش ٣ ، وانظر من تطبيقات للقضاء الفرنسي في هذا المعنى : نقض ١٩٤٥/٣/٥ (د . ١-١٩٤٦) وتعليق بيسون) ؛ (جـ ك ب ١٩٤٥-٢-٢٧٩٨ وتعليق ليربور بيجونيير) ، (ر . ت ١٩٤٦-٣٦ وتعليق هنري وليون مازو) ؛ وعكس ذلك : استئناف ليون ١٩٤٣/٣/٢ (ر . ت ١٩٤٤-٣٨ وتعليق هنري وليون مازو) ، والمجلة العامة للتأمين البري ١٩٤٣-٢٤٦ وتعليق بيسون) .

(٢) في هذا المعنى أيضاً : ستارك بند ٢٣٥٠ ؛ جوجلار بند ٨٤٩ ؛ مارتى ورينو بند ٦١٢ ؛ جوسران بند ٨٨٩ ؛ كولان وكليبتان ودي لامورلندير بند ٣١٣ .

أما الاعتبار العملى - وهو ما يبدو أن المشرع كان يقصد إليه ، كما يتضح من المذكرة الايضاحية للنص - فهو درء التواطؤ المحتمل ، بين المدين والدائن المتقدم ، الذى استوفى حقه ، للإضرار بدائن تال فى المرتبة . وبيان ذلك ، أن المدين قد يفى حق الدائن المتقدم ، بما يترتب عليه أن يصعد الدائن الذى كان تالياً له فى المرتبة ، إلى المرتبة الأولى . ولو سمح المشرع أن يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء لكان من السهل على المدين أن يتواطأ مع لدائن المتقدم الذى استوفى حقه ، فيتفقان غشاً على حلول أحد الأغيار فى مرتبة لدائن المتقدم ، لتقويت حق الدائن المرتين الثانى ، الذى من المفروض أنه أصبح - بانقضاء حق الدائن المتقدم - فى المرتبة الأولى .

٤٠٨- والغالب أن يصير الاتفاق على الحلول ، فى نفس المخالصة التى يعطيها الدائن للغير الذى أوفاه حقه . وعندئذ ، طبقاً للقواعد العامة ، وخروجاً من الاستثناء الخاص بالمخالصات بوجه عام ، ينبغى أن يكون لهذه المخالصة الحلولية (I.a quittance subrogative) تاريخ ثابت ، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير ^(١) .

ب- الحلول بالاتفاق مع المدين ^(٢) :

٤٠٩- نفترض هذه الصورة ، أن يكون أجل الوفاء بحق الدائن قد حل ، دون أن يكون لدى المدين من الأموال ما يكفى لوفائه . فيتفق مع

(١) انظر فى هذا المعنى ، وفى تبرير هذا الحل : جوجلار (دروس مازو) بند ٨٤٩ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى نقض ١٨٤٣/١/٣١ (د. ١٨٤٣-١-٢٥٣) .

(٢) انظر فى الأصل التاريخى لهذا الفرض من الحلول فى القانون الفرنسى : جوجلار بند ٨٥١ ؛ جوسران بند ٨٩٢ ؛ كولان وكابيتان ودى لاموراندبيرر بند ٣١٤ .

آخر ، على أن يفرضه مبلغاً يفى به الدين ، وأن يحل المقرض (الموفى) محل الدائن الذى استوفى حقه .

وواضح أن هذه الصورة لا يمكن أن تشتهر بحالة الحق . ففيها يتفق المدين على إحلال آخر محل الدائن دون حاجة لرضاء هذا الأخير ^(١) ، حين أنه لا يتصور أن تتم حوالة الحق إلا بالاتفاق مع الدائن .

٤١٠- غير أن هذه للصورة من الطول ، تتطوى على خطر التواطؤ بين المدين والغير ، الأجنبى عن الوفاء ، إضراراً بحق الدائن التالى فى المرتبة للدائن الذى استوفى حقه . فلو فرضنا أن (أ) دائن ، له تأمين عيني . فى المرتبة الأولى ، (ب) دائن تال له فى المرتبة . أوفى المدين من ماله حق (أ) . يتقدم (ب) ليصبح فى المرتبة الأولى . يضطر المدين بعد ذلك إلى الاقتراض . يفترض (بعد الوفاء) مبلغاً من (جـ) . يمكن عندئذ المدين أن يتفق مع (جـ) على الحل محل (أ) ، بأن يقدم تاريخ عقد القرض ليجعله سابقاً على وفاء حق (أ) إضراراً بمصلحة (ب) .

ودراءً لهذا التحليل ، تستوجب المادة ٣٢٨ ، التى أجازت الحل بهذه الطريقة « أن يذكر فى عقد القرض ، أن المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه للدائن الجديد » . وذلك ضمناً لعدم تأخر الاتفاق على الحل عن وقت الوفاء . ويجب بداهة ، ولو أن المشرع لم يذكر هذا الشرط صراحة ، أن يكون لعقد القرض ولعقد المخالصة تاريخ ثابت ، حتى يمكن الاحتجاج بهما على الغير .

(١) ويرى فيهما كاريوبييه (ص ٤٧٩ بند ١٣٠) - تبعاً لذلك - نوعاً مما أسماه بـ العقد الجبرى « *contrat forcé* » .

المطلب الثاني

أنواع الحلول

القاعدة : هي الحلول الكامل :

٤١١- إذا أوفى الموفى للدين للدائن ، فإن الأصل أن يحل محل الدائن (سواء كان الحل قانونياً أو اتفاقياً) حلاً كاملاً . وهذا ما عبرت عنه المادة ٣٢٩ حين قضت بأن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن ، كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابيع ^(١) ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعات » . وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذا التصوير يتجاوز في الواقع الهدف الأساسي من نظام الحلول ، وأنه قد يجعل من مصلحة الغير الموفى ، أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية بدلاً من دعوى الدائن . ونص هذه المادة من اللوائح بحيث لا يحتاج إلى مزيد من البيان .

الحلول غير الكامل :

٤١٢- على أنه استثناء من الأصل، سابق الذكر ، يقيد المشرع من

(١) وفي حكم حديث لها قضت محكمة للنقض الفرنسية بأن الموفى الذي حل محل الدائن يتمتع بكافة الدعاوى التي كانت تخص الدائن والتي تتصل مباشرة بالحق الذي حل فيه : انظر : نقض ١٩٨٣/١٢/٧ (د . ١٩٨٤-١-٢٤٧) . هذا ويسلم القضاء الفرنسي ، تبعاً لذلك ، بأنه إذا كان الموفى قد حل ، بما أوفاه من الثمن ، محل البائع ، كان له ما كان لهذا الأخير من حق في الفسخ . انظر : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ (د . ١٩٦٣-٣١٦ وتطبيق فواران) ؛ نقض ١٩٦٥/١/١ (ج . ك . ب ١٩٦٥-١-١٤١٨٧ وتعليق A . J) ؛ استئناف لميان ١٩٧٠/١/١٢ (ج . ك . ب ١٩٧١-٢-١٦٨٧٢ وتعليق داجو وسبيثيري) ؛ ويؤيد هذا الحل ضمناً ستركل بند ٢٣٥٢ ؛ وانظر مع ذلك ، في نقد هذا الاتجاه : جوجلار (دروس ملزو) بند ٨٥٨ .

الحلول فى بعض الحالات . فيكون فيها حلاً ناقصاً . ويمكن تلخيص هذه القيود على النحو التالى :

١- يكون الحلول « بالقرر الذى أداه من ماله من محل الدائن »
م ٣٢٩ . فإذا كان الدائن قد قبل من الموفى مبلغاً أقل من كامل حقه ،
وارتضاء سبباً لانقضاء الدين ، نازلاً عن الجزء الباقي ، فإن الموفى لا يحل
محل الدائن فى حق هذا الأخير كله ، وإنما بالقرر الذى دفعه . فكان المدين
فى الواقع - هو الذى يقيد من هذا الإبراء الجزئى .

وأساس هذا القيد ، أن الموفى ، كما سبق أن ذكرنا ، بعيد عن
المضاربة^(١) ، وذلك على العكس من المحال له الحق . فهذا الأخير الذى
يغلب أن يكون مضارباً ، إذا اشترى حق الدائن للمحيل بثمن أقل من قدر هذا
الحق وحل محل الدائن ، فى الرجوع على المدين ، إنما يرجع بحق الدائن
المحيل كله وليس بقدر ما دفعه .

٢- إذا أوفى أحد للمدينين المتضامنين بالدين كله للدائن ، فليس له -
من ناحية - أن يرجع على باقى المدينين إلا بعد أن يستزل حصته هو من
الدين ، كما أنه لا يجوز له ، من ناحية أخرى « أن يرجع على أى من
الباقيين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع
بدعوى الدائن » . م ٢/٢٩٧ .

٣- وعلى نفس النمق المقرر لحالة رجوع المدين المتضامن الذى
أوفى بكل الدين ، على باقى المدينين بدعوى الدائن ، تقضى المادة ٣٣١ بأنه

(١) ولذلك يسلم الفقه الفرنسى أيضاً بهذا الحكم ، وعلى نفس الأساس ، رغم عدم
وجود نص فى المجموعة المدنية الفرنسية مطابق للمادة ٣٢٩ مدنى ، انظر مثلاً ستارك
بند ٢٣٥٩ .

« إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائن ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحل أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ، إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » .

ويواجه هذا النص ، فرض ما لو كان الدين مضموناً برهن على عدة عقارات مملوكة للمدين ، ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى أشخاص متعددين ، فيكون كل منهم حائزاً للعقار المرهون ، وملزماً - بالتالى - بوفاء الدين عن المدين بموجب الرهن . فإذا أوفى أحد الحائزين بدين الدائن كله ، وحل محله فى الرجوع على باقى الحائزين ، فإنه لا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين ، محسوباً على أساس نسبة قيمة ما يحوزه كل منهم من عقار ، إلى ما يحوزه الآخرون .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه ، وأن للمدين قد رهن ثلاثة عقارات لضمان هذا الدين . قيمة العقار الأول ٩٠٠٠ جنيه ، والثانى ٦٠٠٠ جنيه ، والثالث ٣٠٠٠ جنيه . بيع العقار الأول إلى (ب) ، والثانى إلى (جـ) والثالث إلى (د) . أوفى (ب) بحق الدائن (أ) كاملاً ، وحل محله فى الرجوع على كل من (جـ) ، (د) . عندئذ يقسم الدين بين الحائزين الثلاثة: (ب) للموفى ، (جـ) و (د) بنسبة ٩٠٠٠ : ٦٠٠٠ : ٣٠٠٠ أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ وبالتالى لا يكون لـ (ب) أن يرجع على (جـ) إلا بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، وعلى (د) إلا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويتحمل هو مبلغ ٣٠٠٠ جنيه . ومن هذا الحل يتضح أن الدين ينقسم فى العلاقة بين الحائزين ، تماماً كما ينقسم بين المدينين المتضامنين .

٤- إذا كان لحائز العقار المرهون الذى أوفى الدين للدائن المرتهن ، أن يحل ، بموجب صريح المادة ١٠٦١ « محل الدائن الذى استوفى الدين فيما له من حقوق » ، إلا أن هذا الحل لا يشمل ، وفقاً لذات النص ، ما

كان من هذه الحقوق « متعلقاً بتأمينات قَدمها شخص آخر غير المدين » ، ككفالة شخصية كانت أم عينية .

ويواجه هذا النص فرض ما لو كان حق الدائن مضموناً برهن قدمه المدين ، وكفالة من جانب الغير ، شخصية كانت أم عينية . ثم تنتقل ملكية العقار المرهون إلى الحائز الذى يفى بالدين ويحل بما أوفى محل الدائن . فعندئذ لا يستطيع الحائز أن يرجع على الكفيل ، بمقولة أنه يحل محل الدائن فى ذات حقه بما يكفه من تأمينات . لأن النص السابق يستثنى من هذه التأمينات ، ما قدمه شخص غير المدين ، كالكفيل .

وهذا الاستثناء له - فى الواقع - ما يبرره . فالكفيل ليس مسؤولاً عن الدين فى مواجهة الحائز ، حتى يمكن القول برجوع الحائز عليه . إنه لم يكن مسؤولاً عن الدين إلا فى مواجهة الدائن ، وما ارتضى كفالة حق الدائن إلا مطمئناً إلى الرهن الذى قدمه المدين ، وإلى أنه إذا اضطر إلى وفاء الدين ، فإنه سيحل محل الدائن فى الرجوع على المدين ، ليكفل حقه فى هذا الرجوع نفس الرهن الذى كان للدائن الموفى له . وتصرف المدين فى العقار المرهون إلى الحائز لن يغير من الأمر شيئاً . فسيظل من حق الكفيل إذا أوفى أن يحل محل الدائن وينفذ بما أوفاه على العقار المرهون رغم انتقال ملكيته إلى الحائز ، وإلا فإن القول العكسى ، ليفقد الكفيل حقه فى الضمان الذى اعتمد عليه عندما قبل للكفالة ، وهو قول غير سائغ .

ومتى كان ذلك ، فإذا كان الحائز هو الذى أوفى ، قلن بجديه أن يرجع على الكفيل ، لأن الكفيل إذا دفع ، سيحل بدوره محل الدائن فى الرجوع على الحائز بدعوى الحلول ، مادام أن الحائز ، يكون بمقتضى الرهن مسؤولاً عن الدين تجاه الكفيل .

٥- تقضى المادة ١/٣٣٠^(١) بأنه « إذا وفى للغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه^(٢)،^(٣) ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك^(٤) .

وهذا القيد منطوق ، بحسبانه تفسيراً معقولاً لإرادة الدائن الذى قبل الوفاء الجزئى ، وحلول للموفى محله فى هذا الجزء . ولولاه لكان من حق الموفى ، وفقاً للأصل فى الحلول ، أن يزاحم الدائن بما أوفى ، حين يرجع الدائن بما بقى له من حق على المدين . وهى نتيجة لو كان الدائن يعلمها منذ البداية لما قبل الوفاء للجزئى من الموفى .

فلو فرضنا أن (أ) دائن بحق قدره ١٢٠٠ ، أوفاه (ب) بمبلغ ٨٠٠ جنيه ، وكان الثمن الذى يبيع به العقار الضامن للدين هو ٩٠٠ جنيه ، فإن (أ) يستوفى من هذا الثمن ، هو أولاً ، ما بقى له من حق ، وهو ٤٠٠ جنيه فلا يبقى لـ (ب) سوى ٥٠٠ جنيه . وكان مقتضى الحلول ، أن يقسم

(١) ويقابلها فى فرنسا نص المادة ١٢٥٢ منى .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الحكم : نقض (عرائض) ١٨٩٩/٢/١٣ (د . ١٨٩٩-١-٢٤٦) ؛ وانظر فى مبرراته : كزبونيه ص ٤٨١ بند ١٣١ .

(٣) وفى هذا الحكم مظهر من بين مظاهر اختلاف الحلول عن حوالة الحق ، فقد سبق أن أشرنا إلى أنه إذا تمت حوالة جزء من حق فقط ، فإن المحال له يزاحم الدائن الأصلي فى التنفيذ بالجزء الذى أحيل إليه ، على أموال المدين . ليقتسما كل منهما قسمة الغرماء ، كل بنسبة حقه . انظر سابقاً بند ٣٣٢ ، وانظر أيضاً جوجلار بند ٨٥٩ .

(٤) ويرى الفقه الفرنسى أيضاً أن قاعدة عدم جواز أن يضار الدائن بما ارتضاء من الحلول الجزئى ، ليست من القواعد الآمرة ، ومن ثم فإن بإمكان الدائن أن يتنازل عن هذه الميزة . انظر مشترك بند ٢٣٦٠ ؛ جوجلار بند ٨٥٩ .

مبلغ الـ ٩٠٠ جنيه بين الدائن والموفى بنسبة ٤٠٠ : ٥٠٠ جنيه (الباقي من الحق) إلى ٨٠٠ جنيه (ما دفعه الموفى) ، أى نسبة ١ : ٢ فيكون للدائن ٣٠٠ جنيه، وللموفى ٦٠٠ جنيه .

أما الفقرة الثانية من نفس النص ، فتواجه فرض ما لو « حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق » . عندئذ « رجع من حل أخيراً ومن تقدمه فى الحل كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء » . فكان ميزة التقدم ، المقررة بالفقرة الأولى ، لا تنتقل من الدائن إلى من يوفى له بالباقي من الدين . إذ لا مبرر - فى الواقع - للتفرقة بين الموفين .

فلو فرضنا فى المثال السابق ، أن (جـ) أوفى الجزء الباقي من الدين وقدره ٤٠٠ جنيه وحل محل الدائن بدوره فى هذا الجزء ، فإن ثمن العقار يقسم بين من حل أولاً (وهو ب) ومن حل أخيراً (وهو جـ) ، كل بنسبة ما دفعه ، أى بنسبة ٨٠٠ : ٤٠٠ ، فيكون نصيب (ب) ٦٠٠ جنيه ، ونصيب (جـ) ٣٠٠ جنيه .

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

حصر ، وتقسيم :

ذكرنا أن الالتزام قد ينقضى بما يعادل الوفاء . ويعادل الوفاء من أسباب انقضاء الالتزام كل من : الوفاء بمقابل ، والتجديد والإثابة فى الوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة . ونخصص لكل من هذه الأسباب مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

الوفاء بمقابل (أو الاعتياض)

La dation en paiement

المقصود به :

٤١٣- عرفنا أن الوفاء يجب أن يتم بذات (أو عين) ما التزم به المدين ، وأن من حق الدائن أن يرفض أى بديل عنه ولو كان مساويا له فى القيمة ، أو حتى كانت له قيمة أكبر .

غير أن الدائن قد يقبل من المدين - عند الوفاء - مقابلا آخر غير ما اتفقا عليه بداءة ، فينقضى الدين بحصوله على هذا المقابل ، ويقال عندئذ أن المدين قد أوفى بمقابل أو بطريق الاعتياض . وفى هذا الصدد ، ينص المادة ٣٥٠ مدنى بأنه « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » .

٤١٤- ويغلب فى هذا النظام ، أن يكون المستحق أصلا للدائن هو مبلغ من النقود ، فيقبل الاعتياض عنه بشيء ينقل المدين ملكيته له بدلا منه .

لكن قد يقع أن يكون الاعتياض بشيء عن شيء آخر أو حتى عن عمل^(١) أو امتناع^(٢) عن عمل يكون المدين ملتزماً به أصلاً في علاقته بالدائن .
طبيعته القانونية :

٤١٥- وقد أثارت الطبيعة القانونية للوفاء معضلة جدلاً في الفقه .
وليس من شك ، بداهةً ، في أن محاولة تحديد هذه الطبيعة ، بالانطلاق من أحد الفروض التي يقع فيها هذا النظام ولو كان هو الفرض الغالب . لا يبدئ ستنهي إلى نتيجة غير دقيقة أو فاصرة ، لا تستجيب لهذا النظام في كل فروضه ، لأن بدايتها نفسها تكون غير صحيحة . كما أنه ليس من شك أيضاً ، في أن الوفاء بمقابل ليس محض وفاء عادي ، لأنه لو كان كذلك ، لكان المدين بالفرض قد قدم للدائن مقابلاً لا يملكه ، لترتب على بطلان الوفاء ، لعدم ملكية الموفى لما يفى به ، عودة الدين بجميع ما كان له من ضمانات ، حين أنه مع هذا النظام لا يعود الدين الأصلي إلى الوجود في مثل هذا الفرض ، ولا يكون للدائن - إذا ما استحق المقابل في يده - إلا أن يرجع على المدين بالتعويض عن هذا الاستحقاق^(٣) .

٤١٦- ولا يعتبر الوفاء بمقابل ، كذلك ، مجرد تجديد للالتزام بتغيير محله ، لأن التجديد إذا كان يقضى على الالتزام القديم فإنما يقضى عليه بإنشاء التزام جديد يحل محله ويبقى - من ثم - بعده ولو لمدة قصيرة ، فيما لا يقصد الدائن والمدين في الوفاء بمقابل إنشاء

(١) في هذا المعنى جوجلار (دروس مازو) بند ٨٩٣ ، د . محمود جمال الدين زكي بند ٥٧٩ .

(٢) في هذا المعنى : د . محمود جمال الدين زكي ، الإشارة السابقة .

(٣) في هذا المعنى : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ .

الزام جديد ^(١) . كما أن هذا النوع من الوفاء يقتضى حتما أن يكون الاتفاق عليه مصحوبا بتنفيذه فعلا ^(٢)، ومن ثم فإنه لا يجوز - فى هذا النظام - أن يكون المقابل شيئا مستقبلا ، أو مضافا تسليمه إلى أجل ^(٣) .

٤١٧- وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، أن الوفاء بمقابل هو بيع تليه مقاصة ، فى معنى أن المدين يبيع للدائن الشيء الذى يقمه بيلا عن الدين النقدي الأصلي ، بثمن يعادل تماما قيمة هذا الدين ، لتقع المقاصة بعد ذلك بين الدين والثن . وواضح أن مثل هذا التكيف - إذا صح - لا يولج كل فروض الوفاء بمقابل ، إذ لا يصح الكلام عن بيع ، مثلا ، إذا كان ما يستعاض عنه بنقل ملكية الشيء هو شيء آخر ، أو من باب أولى عمل أو امتناع عن عمل ^(٤) . هذا إلى أن بعض أحكام البيع لا تنطبق على الوفاء بمقابل : فانتقال الملكية فى البيع ، لا يكون بالضرورة من فور التراضى ، وكذلك تسليم الشيء للمبيع ، كما يجوز أن يكون هذا الأخير شيئا مستقبلا ، فيما يلزم - فى الوفاء بمقابل ، كما ذكرنا ، أن يكون انتقال ملكية الشيء للبديل وتسليمه للدائن ، مصاحبا لقبول هذا الأخير لمبدأ الاعتياض ^(٥) . ويضاف إلى ذلك أن من شأن اعتبار الوفاء بمقابل بيعا للشيء البديل أنه لو ظهر للموفى ، بعد الوفاء ، أن الدين ، الذى باع المقابل من أجل سداده

(١) يقترب من هذا المعنى : جوجلار (دروس ملزو) بند ٨٩٢ .

(٢) فى هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ ، د . ليدرأوى بند ٣٤٦ . د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٧٩ .

(٣) فى هذا المعنى : جوجلار بند ٨٩٠ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى جوجلار بند ٨٩٣ .

(٥) فى هذا المعنى : كولان وكليبتان ودى لامورلنديير بند ٦٢٩ ، جوجلار بند ٨٩٣ ، إيمار ، تعليق على نقض فرنسى (تجارى) ١٩٧٢/١/٢٠ (د . ١٩٧٣-٣٢٥) .

للدائن ، غير موجود ، أو أنه نشأ عن تصرف باطل ، لم يجز له أن يسترد للمقابل وإن كان له أن يطالب بثمنه ^(١) ، فيما تسمح قواعد الوفاء بمقابل — على العكس — بهذا الاسترداد ، من طريق دعوى رد غير المستحق ^(٢) .

٤١٨- والرأى السائد أن الوفاء بمقابل هو نظام قانونى مركب ، أو مختلط ، إذ هو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . ويعنى ذلك أن الدين الأصلي فيه لا ينقضى بالوفاء ، ولا بالمقاصة ، وإنما ينقضى بالتجديد . أما الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلي فينقضى بالوفاء به عينا من طريق نقل ملكية الشيء البديل . على أن تتم العمليتان ، عملية التجديد والوفاء بالالتزام الجديد ، فى نفس الوقت ^(٣) ، ^(٤) .

(١) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ « وإن كنا نستركان على ذلك حالة ما إذا كان وجود الدين قد اشترط كشرط البيع » .

(٢) فى هذا المعنى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٣٨ ، د . البدرولى بند ٣٤٦ ، ونظر فى عيب آخر لهذا للتكييف أشار إليه د . السنهورى ج ٣ بند ٤٧٨ . كذلك يعيب مارتى ورينو على هذا التصوير أنه يجرى بشكل مصطنع ، على وقتين ، عملية ، هى بوضوح عملية واحدة فى قصد المتعاقدين بند ٥٩٠ .

(٣) من هذا الاتجاه فى مصر : د . السنهورى ج ٣ بند ١٨٠ ، د . عبدالفتاح عبدالباقي بند ٢٨١ ، د . إسماعيل غاشم بند ٢٥١ ، ومن لفقة الفرنسى : مارتى ورينو بند ٥٩٠ ، كولان وكابيتان ودى لامورانيير بند ٦٢٦ ، جوسران بند ٩٢٨ وقرب كاريونيه بند ١٢٨ ، ص ٤٧١ .

ونظر — مع ذلك — تكييف الدكتور البدرولى له بأنه « عقد خاص ، يقصد به تمليك عين فى مقابل دين » بند ٣٤٧ .

(٤) ويشير الفقه الفرنسى إلى أن واضعى مجموعتهم المدنية ، يقدمون الوفاء بمقابل — أخذاً بتقاليد القانون الفرنسى القديم — بصيغته وفاء يقضى الدين ذاته بطريقة مباشرة ، ولكنه وفاء استثنائى ، أو بعبارة أخرى من نوع خاص ، لخروجه على المادة =

أحكام الوفاء بمقابل فى صورته الغالبية :

٤١٩- واجهت أحكام الوفاء بمقابل المادة ٣٥١ سابقة الذكر ، وذلك فى الفرض الغالب الذى يقع فيه ، حين يعرض المدين على دائنه ملكية شئ فى مقابل الدين ، فقضت بأنه « يسرى على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى للدين ، أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وإنقضاء التأمينات » .

فكان أحكام الوفاء بمقابل ، فى صورته الغالبية ، هى بموجب هذا النص ، مزيج من أحكام البيع وأحكام الوفاء ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع :

٤٢٠- يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام البيع ، فكرة ضمان الاستحقاق . فإذا كان الشئ الذى نقل المدين ملكيته للدائن كمقابل للوفاء ، غير مملوك له ، ومن ثم استحق فى يد الدائن ، كان لهذا الأخير أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق ، تماما كما يرجع المشتري على البائع . ولكن الدين الأصلى لا يعود . حين أنه لو طبقنا أحكام الوفاء فى هذا الفرض ، لكان للدائن ، إذا استحق الموفى به تحت يده ، أن يعود إلى مطالبة

= ١٢٤٣ حيث إنه يقضى على الدين ليس بذات الشئ المستحق كما تستوجب هذه المادة ، وإنما بالشئ الذى يقدمه المدين كمقابل .

انظر : جوجار بند ٨٩٤ (وهو بصفه تبعا لذلك بأنه وفاء خاص جدا Payement très particulier) وأنظر ستارك بند ٢٣٨٧ الذى يرى فيه يشبه التجديد بتغيير المحل ، مع أن المقابلية .

المدين بالدين الأصلي ، حيث لم ينقض هذا الدين إذ يشترط في الوفاء حتى يقضى الدين ، أن يكون الشيء الموفى به مملوكاً للمدين .

كما يسرى عليه من أحكام البيع أيضاً ، ففكرة ضمان العيوب الخفية ^(١) . وكذلك ضرورة تسجيل العقد المتضمن للوفاء بمقابل ^(٢) ، حتى يمكن ترتيب أثره ، إذا كان محل هذا الوفاء عقاراً .

وفضلاً عما تقدم ، يشترط في الوفاء بمقابل ، أن يكون الدائن أهلاً لاستيفاء الدين ، وأن يكون المدين أهلاً للتصرف في الشيء ^(٣) الذي يقدمه كمقابل للوفاء .

(ب) ما يسرى على الوفاء بمقابل من أحكام الوفاء :

٤٢١- يترتب على الوفاء بمقابل ، انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي ، حتى ولو كان الموفى غير مالك للمقابل الذي أوفى به . وقد حرص المشرع على النص على هذا الأثر صراحة في خصوص الكفالة ، حين نص في المادة ٧٨٣ منى بأنه « إذا قبل الدائن أن يستوفى في مقابل الدين شيئاً آخر ، برئت ذمة التكفل ولو استحق هذا الشيء » ^(١) .

كما يسرى عليه من أحكام الوفاء ، ما قرره المشرع في خصوص تعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) ، عندما يكون للدائن في ذمة المدين عدة ديون .

(١) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندبيرر بند ٦٢٩ ، وانظر - مع ذلك - نقض فرنسي (عرائض) ١٩٠٣/٣/٢٤ (د . ١٩٠٤ - ١ - ٤٨١) .
(٢)،(٣) في هذا المعنى : مارتي وريغو بند ٥٩٠ ، جوجلار بند ٨٩٩
(٤) وتقضى بنفس الحكم أيضاً المادة ٢٠٣٨ منى فرنسي ، وانظر في تطبيق لها: نقض فرنسي ١٨٨٨/١٠/٢٣ (د . ١٨٨٩ - ١ - ١٦٧) .

المبحث الثاني

التجديد

La novation

التعريف به ، ومدى أهميته :

٤٢٢- يقصد بالتجديد ، الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله ، ويختلف عنه ، إما في محله أو في مصدره ، أو في أحد طرفيه . أو هو عبارة أخرى ، تحوير اتفاقي في أحد العناصر الجوهرية للالتزام الأصلي ، بهدف إنشاء التزام جديد يحل محله .

٤٢٣- ونظام التجديد ، بما يؤدي إليه من إمكان تغيير الدائن أو المدين ، كانت له أهميته في القانون الروماني ، الذي كان ينظر إلى الالتزام باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، يستحيل حوالتها إلى شخص آخر وإلا انهارت هذه الرابطة ^(١) . أما اليوم فإن أهميته قد تناقصت إلى حد بعيد ، بحيث يندر في الواقع اللجوء إليه في العمل ، خاصة في الشرائع التي تعرف حوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، كما هو الحال في القانون المصري ^(٢) ، ففي هذه الشرائع ، يقضى نظام الحوالة عن تجديد الالتزام

(١) راجع في تفاصيل ذلك ، جوجلار (دروس مازو) بند ١٢٠٩ .

(٢) ونظراً لأن القانون الألماني يعرف حوالة الدين ، إلى جانب حوالة الحق ، فإن الملاحظ أن المجموعة المدنية الألمانية لم تذكر نظام التجديد ، واستغنت بالحوالتين عن التجديد بتغيير الدائن والتجديد بتغيير المدين . أما للفرض الخاص بالتجديد بتغيير الدين فقد جعلت منه حالة خاصة من حالات الوفاء بمقابل (في المادة ٣٦٤ - ٢) . راجع في هذا الشأن جوجلار بند ١٢٠٩ .

(٣) ونظراً لأن القانون الفرنسي لم ينظم حوالة الدين ، فإن الفقه هناك يرى أن التجديد ما تزال له أهميته في هذا القانون ، في مجال تغيير المدين . أنظر جوجلار بند ١٢٠٩ .

بتغيير أحد طرفيه . كما أن نظام الوفاء بمقابل قد يؤدي نفس الدور الذى يؤديه التجديد بتغيير الدين . وقد ساعد على تناقص أهمية التجديد أن انعقاده ، فى بعض الصور ، قد يستلزم من الشروط ما هو أكثر من شروط انعقاد الحوالة . كما أنه يفقد الدائن الجديد من للمزليا ما يظل باقيا للمحال له فى حوالة الحق ، وذلك على التفصيل الذى سنراه فيما بعد .

تقسيم :

ونقسم الدراسة فى التجديد إلى مطلبين ، نخصص أولهما لشروطه ، نعرض الثانى لآثاره .

المطلب الأول

شروط التجديد

٤٢٤- لما كان التجديد سببا من أسباب انقضاء الالتزام عن طريق الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محله ، فإنه يفترض توافر شروط ثلاثة : وجود التزام قديم ، ونشوء التزام جديد ، واتجاه النية ، عند الاتفاق على التجديد ، إلى إحلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم ، وهو ما يعبر عنه بنية التجديد .

أولا : ضرورة وجود التزام قديم :

٤٢٥- لما كان الالتزام الجديد لا ينشأ إلا بفرض أن يحل محل التزام قديم ، بما يجعل من التجديد - كما سبق أن أشرنا - طريقا من طرق انقضاء الالتزام ، فإنه لا يمكن تصور وجود التجديد إذا كان الالتزام القديم نفسه غير موجود ، لأن الاتفاق الذى أنشأ الالتزام الجديد سوف يعتبر - بالضرورة - باطلا فى هذه الحالة ، لتخلف سببه . ويتفرع على ذلك ، أن الاتفاق على التجديد يبطل إذا كان الالتزام القديم قد انقضى لأى سبب من أسباب

الانقضاء، أو كان قد نشأ عن عقد باطل بطلان مطلقاً ، إذ يعتبر معدوماً في نظر القانون (١) .

ولما كان التصرف للقابل للإبطال يعتبر موجوداً من الوجهة القانونية إلى أن يقضى بإبطاله ، فإنه يجوز بالتالي تجديده ، وإن كان مصير هذا التجديد سيكون مرهوناً بمصير الالتزام القديم . فإذا أبطل التصرف مصدر هذا الالتزام ، بطل التجديد تبعاً لذلك . اللهم إلا إذا كان التجديد قد تم مع الطرف الذى كانت قابلية التصرف الأصلية للإبطال مقررّة لمصلحته ، ذلك أن إقدامه على التجديد رغم علمه بحقه فى طلب الإبطال ، يعتبر إجازة ضمنية للتصرف للقابل للإبطال ، فيستقر التجديد . وفى هذا الشأن تنص المادة ٢/٢٥٣ منى بأنه « إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً ، إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » (٢)، (٣) .

(١) بما يترتب عليه عدم صلاحيته للتجديد ، أنظر فى هذا المعنى نقض مصرى ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة المسنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣٦ ، نقض ١٩٧٤/١٢/٨ المجموعة ٢٥ - ٥٩ - ٣٥٨ ، وأنظر حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٥/٢ وقد جاء فيه أن : القضاء نهائياً برفض دعوى صحة التماقد ، تأسيساً على تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن ، يترتب عليه امتناع الادعاء بانقضاء الالتزام بنفع الثمن بتجديده ، المجموعة ٢٦ - ١٩٨ - ١٠٤٠ وأنظر من الفقه الفرنسى : جوجلار بند ١٢١٥ .

(٢) ورغم أن المجموعة المدنية للفرنسية لا تتضمن نصاً مماثلاً ، إلا أن الفقه الفرنسى يسلم أيضاً بنفس الحكم ، أنظر مثلاً : جوجلار بند ١٢١٥ ، ستارك بند ٢٣٦٤ ، مارتى وريغو بند ٨٣٤ ، كاربولينييه بند ١٣٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ (وهو يشترط - بحق - أن يكون سبب الإبطال قد زال عند الاتفاق على التجديد) .

(٣) راجع فى إمكان تجديد الالتزام الشرطى ، حيث يكون الالتزام الجديد شرطياً هو الآخر : جوجلار بند ١٢١٥ ، مارتى وريغو بند ٨٣٤ « ما لم يكن الطرفان قد قصدا بوضوح أن يستبدلا بالالتزام الشرطى القديم التزاماً بسيطاً جديداً » . =

ثانياً : ضرورة نشوء التزام جديد :

٤٢٦- ويفترض هذا الشرط من ناحية ، أن ينشأ التزام يحل محل الالتزام الأصلي ، وأن يكون هذا الالتزام ، من ناحية أخرى ، جديداً ، يختلف عنه في أحد عناصره .

(أ) نشأة التزام يحل محل الالتزام الأصلي :

٤٢٧- إن الالتزام الأصلي في تجديد لا ينقضي إلا لنشأة التزام جديد يحل محله . ومن ثم فلا يتصور التجديد ، ويبقى الالتزام القديم قائماً . إذا لم ينشأ الالتزام الجديد .

وعلى ذلك ، فإذا كان الاتفاق على إنشاء الالتزام الجديد باطلاً بطلانا مطلقاً ، أي لا وجود له في نظر القانون ، فلا يتجدد الالتزام القديم ، ويظل باقياً على أصله ^(١) . وفي هذا المعنى تقضى المادة ١/٣٥٣ بأنه « لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان » . أما إذا كان هذا الاتفاق قليلاً للإبطال ، وقع التجديد صحيحاً ، وإن ظل مصيره مرهوناً بمصير هذا الالتزام الجديد ، فإذا أبطل هذا الاتفاق ، بقى الالتزام القديم على حاله ^(٢) . ولما كان من شأن فسخ التزام ما

= راجع في الشك في إمكان تجديد الالتزام الطبيعي : مارتى وريو بند ٨٣٤ .

(١) انظر : من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١١/٢٨/١٩٦٩

(ح ب ١٩٧٠-١-ملخص ١٨ ، د . ١٩٧٠-ملخص ١٥٥) ، نقض ١٤/٣/١٩٣٩

(ج ب ١٩٣٩-١-٧٦٣ ، ر ب ١٩٣٩-٧٧٢) .

(٢) وانظر مع ذلك - ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من أنه إذا ما كان

بطلان الالتزام الجديد يرجع إلى تدليس أحد المتعاقدين ، فإنه إذا ما قضى بإبطاله بناءً على طلب المدلس عليه ، فإن الالتزام القديم لا يعود إلى الظهور ، ما دام الطرفان =

أن يزول بأثر رجعي ، ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ، فإنه إذا ماس فسخ الالتزام الجديد ، فإن التجديد يعتبر كأن لم يكن ، ومن ثم يعود الالتزام القديم إلى الظهور (١) .

(ب) اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم :

٤٢٨- ويفترض التجديد ، كما يدل على ذلك اسمه ، أن يكون هناك تحوير في الالتزام القديم ، بحيث تتغير أحد عناصره الجوهرية : فإما أن يتغير الدائن ، أو يتغير المدين ، أو يتغير الدين ذاته بتغيير محله أو مصدره ، وذلك على التفصيل التالي :

١- التجديد بتغيير الدائن :

٤٢٩- وهو يتم وفقا للمادة ٣/٣٥٢ « إذا انفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد » .

ويظهر - على الفور - الفرق في طريقة الاعتقاد بين هذه الصورة من التجديد وحوالة الحق ، رغم أن شخص الدائن الأصلي في كليهما هو الذي يحلقه التعيير . ففي التجديد بتغيير الدائن ، يلزم أن يشترك المدين في استبدال شخص الدائن ، حين أنه لا يلزم في حوالة الحق موافقة المدين ، وإن لزم إعلانه بالحوالة . بل ويختلف النظامان في الآثار : إذ يحل السدان الجديد - في الحوالة - في ذات الحق الذي للدائن القديم ، بما يجعل من حقه أن يفيد من التأمينات التي كانت تضمن هذا الأخير ، حين أنه يترتب على

= قد اتفقا على انقضائه : نقض ١٩٧٠/٥/٥ (ج ب ١٩٧٠-٢-ملخص-٥٦) ، واطر في تعجب متشارك من مثل هذا القضاء بند ٢٣٦٩ .

(١) في هذا المعنى : جوجلار بند ١٢١٦ ، مارتى وريو بند ٥٩٠ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٣٩/٣/١٥ (ج ب ١٩٣٩-١-٧٦٣) .

التجديد - من حيث الأصل - انقضاء الدين القديم فتزول معه تأميناته ، الأمر الذى يجعل للدائن الجديد بفضل حوالة الحق على التجديد .

٢- التجديد بتغيير المدين :

٤٢٠- وهو يتم وفقاً للمادة ٢/٣٥٢ بإحدى طريقتين :

- أن يتفق « الدائن مع أجنبى ، على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلي ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه » . ويطلق على هذه الصورة من صور للتجديد التعهد بالوفاء .

- أو أن يحصل « المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى ، قبل أن يكون هو المدين التجديد » . على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي ، فينعقد الاتفاق هنا برضاء الثلاثة ، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً ، الإنابة الكاملة .

٤٢١- ويظل هناك فارق مهم بين التجديد بتغيير المدين وحوالة

الدين، لما يترتب على الأول من انقضاء الدين القديم نهائياً ، حين يحل المدين الجديد - فى حوالة الدين - فى ذمت هذا الدين ، بصفاته ، وتوابعه ، وتأميناته ، ودفعه .

٣- التجديد بتغيير الدين :

٤٢٢- ويرد التحوير هنا على الدين نفسه ، فيتغير محله ، أو

مصدره ، ومن ثم فالتجديد فى هذا الفرض لا يتصور إلا بين الدائن والمدين فى نفس رابطة الالتزام الأصلي . وفى هذا الصدد ، تنص المادة ٣٥٢ بتجديد الالتزام بتغيير الدين « إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره » .

ومثال الاختلاف فى المحل ، أن يستبدل ، بدفع مبلغ من النقود ، نقل

ملكية عين معينة أو العكس . وهنا قد يخلط الأمر بفكرة الوفاء بمقابل . حين أنه ، يبقى على العكس ، فارق مهم بين النظامين ، في أن الاتفاق على الوفاء بمقابل ، ينفذ فوراً ، بتسليم المدين للمقابل الذى يرتضيه الدائن ، ويتم الوفاء على الفور . حين أن التجديد بتغيير المحل ، يقضى على الالتزام القديم ، بإنشاء التزام جديد يحل محله . هذا الالتزام الجديد لا ينقضى من فوره ، وإنما يبقى إلى حين تنفيذه بدوره على الوجه الذى اتفق عليه الطرفان .

ومثال التجديد بتغيير مصدر الدين ، أن يستبقى المشتري أو المسافر ، دين الثمن أو الأجرة ، على سبيل القرض . حين يفقد البائع والمؤجر ، بهذا التجديد ما كان لهما من امتياز قانونى فى استيفاء هذا الدين .

ثانياً : نية التجديد :

٤٣٣- لما كان التجديد عقداً ، به يستبدل الطرفان ، بالتزام قديم ، التزاماً آخر يحل محله ، فإنه ككل عقد ، يلزم فيه أن تتجه نية الطرفين إلى هذا الاستبدال . بمعنى إلى القضاء على الالتزام القديم بإنشاء التزام جديد يحل محله . ولا خصوصية للتجديد من هذه الزاوية . ومع ذلك ، حرص المشرع على إبراز هذا الشرط صراحة ، حين نصت المادة ١/٣٥٤ على أن « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » (١)، (٢) .

(١) وإن كان ذلك لا يعنى ضرورة أن يتضمن اتفاق الطرفين صريح لفظية التجديد . بل لا يلزم - فى نظر البعض - أن يذكر الطرفان صراحة أنهما يتنازلان عن الالتزام الأول ، أنظر فى هذا المعنى : ستارك بند ٢٣٦٧ .

(٢) وفى هذا المعنى أيضاً نص المادة ١٢٧٣ مدنى فرنسى . أنظر من تطبيقات للقضاء الفرنسى لهذا النص : نقض ١٩٨٣/١/٣١ (د . ١٩٨٣ . أ . ر - ١٨٤) ، نقض (تجارى) ١٩٦٩/١/٣ (ر . ث . ١٩٧٠ - ٣٥١ وتعليق لوسوران) .

ولعل حرص المشرع على هذا الإشتراط ، أنه كثيرا ما يدق تحديد نية الطرفين ، عندما يتجهان إلى إنشاء التزام جديد ، وما إذا كانا يقصدان من هذا الالتزام أن يحل محل الالتزام القديم ، أو يبقى إلى جانبه ، أو يقصدان باتفاقهما إلى مجرد تأييد الالتزام القديم وتأكيد . ومن ثم فبموجب هذا النص ، يشترط أن تبرز نية التجديد بوضوح ، وذلك إما بالنص على التجديد صراحة في العقد ، أو باستخلاصه من ظروف تقطع في الدلالة عليه ، وإلا فإن الشك يؤول إلى نفيه (١) .

وقد أكد المشرع هذا المعنى ، حين ضمن للمادة ٢/٣٥٤ بعض الوقائع التي اعتبرها - بذاتها - غير كافية لاستخلاص نية التجديد . فنصت هذه المادة على ما يأتي : « وبوجه خاص ، لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كميته ، ولا مما يحل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة » . كما قضت المادة ٣٥٥ في نفس المعنى بأنه :

« لا يكون تجديدًا مجرد تقييد الالتزام في حساب جار .

٢- إنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره »

(١) ويبدو أن مسألة استظهار النية في هذا المعنى هي مسألة واقع ، تترك للملحة التقديرية لقضاء الموضوع . أنظر في هذا المعنى : نقض فرنسي (عرائض) . ١٩٠٨/١٢/٢٨ (د . ١٩٠٩-١-٢١٤) ، نقض ١٩٢٥/٧/٧ (د . ١٩٢٧-١-٢٢) ، نقض ١٩٢٨/١٢/١٧ (د . ١٩٢٩-١-٤٩) ، استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج ب ١٩٥٦-٢-٩٠) ١٩٥٧/٣/١١ (ج . ب ١٩٥٧-١-٣٢٤ مورافته كوربالديو استئناف نانسى ١٩٤٩/١٠/١٩ (د . ١٩٥٠-ملخص ١٢) ، استئناف روان ١٩٧٠/٦/١٠ (د . ١٩٧٠-٦٤٠) .

وهكذا ينظر المشرع إلى هذه الأمور التي وردت في النصين على أنها من الأمور الثانوية ، بحيث أن إدخالها على الالتزام الأصلي لا يعتبر تحويراً جوهرياً فيه ، يمكن أن يستفاد منه للتجديد . فكان هذه الوقائع - بذاتها لا تقيد معنى التجديد . اللهم إلا إذا وجد اتفاق صريح يقضى بوقوع التجديد لمجرد أمر من هذه الأمور . وهو الاستدراك الذي حرص المشرع على إدراجه آخر المادتين السابقتين .

المطلب الثاني .

آثار التجديد^(١)

٤٣٤- يترتب على التجديد من ناحية ، انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، إنشاء التزام جديد يحل محله .

أولاً : الأثر المسقط للتجديد :

٤٣٥- للتجديد - كما سبق أن ذكرنا - طريق من طرق انقضاء الالتزام . فإذا ما تم مستوفياً شروطه القانونية ، انقضى به الالتزام الأصلي^(٢) ، لتسقط معه بالتبعية جميع تواريعه وضماناته وذلك بشكل نهائي لا رجعة فيه . فلا يكون بإمكان الدائن ، إذا لم يف المدين بالدين الجديد ، أن يفيد من الضمانات التي كانت تضمن الالتزام القديم .

٤٣٦- ومع ذلك قد يجيز المشرع - استثناء - أن تنتقل الضمانات

(١) راجع في تفاصيل الآثار التي يترتبها التجديد في القانون الفرنسي : جوجارز بند ١٢٢٧ - ١٢٣٠ ، ستارك بند ٢٣٧٠ - ٢٣٧٢ : مارتى ورينو بند ٨٤٠ ، كاربونيه بند ١٣٥ ص ٤٩٧ - ٤٩٨ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : استئناف باريس ١٩٥٦/٦/٢٠ (ج ب ١٩٥٦-٢-٩٠) ، ١١/٣/١٩٥٧ (ج ب ١٩٥٧-١-٣٢٤) ومرافعة كومبالديو .

لتضمن الدين الجديد . مثال ذلك ، ما ورد النص عليه في خصوص الحساب الجارى ، فى المادة ٢/٣٥٥ ، حين قضت بأنه « . . . يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد تنتقل التأمينات - اتفاقاً - لتضمن الدين الجديد . وقد نظم المشرع إمكان هذا الانتقال ، حين فرق فى هذا الشأن ، بين نوعين من التأمينات ، على التفصيل التالى :

(١) التأمينات العينية التى قدمها المدين نفسه :

٤٣٧- هذه التأمينات يمكن أن تنتقل اتفاقاً بموجب المادة ٣٥٧

لتضمن الدين الجديد . على أنه يشترط حتى ينفذ هذا الاتفاق فى حق الغير ، أن يتم - من ناحية - مع التجديد فى آن واحد ، إذ لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات ، فإنها تنقضى بالتبعية لانقضاء الدين القديم على أثر التجديد ، فلا يمكن بعثها من جديد مرة أخرى . وأن يكون تاريخ كل من التجديد والاتفاق على نقل التأمينات ثابتاً - من ناحية أخرى - بوجه رسمى . كما أنه يلزم فضلاً عن ذلك ، إذا كان التامين عقارياً ، أن يؤشر بالاتفاق على نقله ، على هامش القيد الأصلى .

٤٣٨- غير أن طريقة الاتفاق على نقل هذه التأمينات تختلف حسب

الفروض المختلفة للتجديد ، وذلك على النحو التالى :

- ١- إذا كان التجديد بتغيير الدين ، فإن هذه التأمينات يمكن أن تنتقل ، بالاتفاق بين الدائن والمدين ، وذلك «فى الحدود التى لا تلحق ضرراً بالغير » م ٣٥٧/أ . فإذا كان الدين الجديد أكبر من الدين القديم ، فإن التأمين لا يضمن من الدين الجديد إلا فى حدود قدر الدين القديم ، وذلك

حماية لدائن ذى تأمين عيني نال في المرتبة ، على نفس العقار السدى يرد عليه تأمين للدائن ، الذى أجرى التجديد مع المدين . فلو فرضنا أن (أ) دائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ويضمن حقه فى مواجهة المدين رهن قدمه هذا الأخير على عقار قيمته ١٥٠٠ جنيه وكان ذات العقار مرهونا لـ (ب) وهو دائن نال فى المرتبة لقاء دين قدره ٥٠٠ جنيه . فإذا جند (أ) الدين مع المدين ، واتفق على نقل التأمين ليضمن الدين الجديد ، وكان مقدار هذا الأخير ١٥٠٠ جنيه ، فإنه رعاية لحق (ب) ، لا يضمن الرهن من الدين الجديد إلا ١٠٠٠ جنيه فقط .

٢- وإذا كان التجديد بتغيير المدين « جاز للدائن والمدين الجديد أن يتقيا على استبقاء التأمينات العينية ، دون رضاء المدين القديم » م ٣٥٧/ب . ومعنى ذلك أن المدين القديم يصبح دون رضائه كفيلا عينيا للمدين الجديد .

٣- أما إذا كان التجديد بتغيير الدائن « جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات » م ٣٥٧/ج .

(ب) التأمينات المقدمة من الغير :

٤٣٩- أما للتأمينات المقدمة من الغير ، شخصية كانت (كالكفالة أو التضامن) أم عينية ، فإنها لا تنتقل لتضمن الالتزام الجديد « إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » م ٣٥٨ .

ثانيا : الأثر المنشئ للتجديد :

٤٤٠- ويترتب على التجديد ، إلى جانب أثره المسقط ، إنشاء التزام جديد ، له خصائصه الذاتية المستقلة عن الالتزام القديم . ولما كان التجديد

اتفاقاً ، فإن الالتزام الجديد يكون دائماً للتراما عقدياً . حين أن الالتزام القديم قد يجد مصدره فى غير العقد .

ولما كان الالتزام الجديد الذى نشأ ، إنما يمسق الالتزام القديم ، فإن معنى ذلك ، أن المدين - حين يكون التجديد بتغيير الدائن - لا يعد بإمكانه أن يدفع فى مواجهة الدائن الجديد ، بالدفع التى كان يمكن أن يبديها فى مواجهة الدائن الأصلى . مع ملاحظة ما سبق أن ذكرنا ، من ضرورة أن يكون الالتزام القديم قد نشأ على نحو صحيح . وإلا فإذا كان يجد مصدره فى تصرف باطل ، فبطل التجديد تبعاً لذلك ، فإن المدين يستطيع أن يدفع بهذا البطلان . كما أن للمدين ، إذا كانت قابلية الالتزام الأصلى للإبطال مقررّة لمصلحته ، أن يطلب إبطاله ، فيسقط التجديد بالتبعية لبطلان العقد الأصلى ، ما دام أنه لم يستخلص من التجديد اتجاه نية المدين إلى التنازل عن حقه فى الإبطال .

المبحث الثالث

الإثابة فى الوفاء

La délégation

تعريفها :

٤٤٩- الإثابة فى الوفاء هى عمل قانونى ، بموجبه يلتزم شخص أجنبى عن الدين ، بوفاء دين المدين لدائته ، وذلك باتفاق ثلاثتهم .

فإذا كان مؤدى هذا الاتفاق أن تبرأ ذمة المدين ، ويتحمل هذا الأجنبى الدين عنه ، كانت الإثابة كاملة . أما إذا لم يتضمن الاتفاق هذا المعنى ، تحمل هذا الأجنبى الدين إلى جانب المدين ، وكانت الإثابة ناقصة .

وتتميز الإثابة - وهى فى ذلك تختلف عن حوالة الدين - بوجود ثلاثة

أطراف منذ البداية . المدين . ويقال له (المنيب) ، والأجنبي عن السبب ،
ويقال له (المناب) ، والدائن . ويقال له (المناب لديه) .

الفرض منها :

٤٤٢- ويغلب في الإجابة أن تكون هناك علاقة سابقة بين تمنيب
والمناب ، يكون فيها الثاني مديناً للأول . فيحصل المنيب على رضاه . أنه
(المناب لديه) بالترام المناب مأثوفاً بالدين بدلاً منه ، ويرتضى المناب
تحمل هذا الالتزام قصداً لديه بدوره في مواجهة المنيب . فإذا اتفق مذهبهم ،
أنفصى بعملية واحدة ، حين المنيب في مواجهة المنيب ، وحين المنيب في
مواجهة المناب لديه . ونشأ محل هذين البيبين علاقة وتحدد بين المناب
والمناب لديه .

غير أن علاقة المديونية هذه ، ليست شرطاً للإجابة . وفي هـ نسمى
نقضى المادة ٢/٣٥٩ منى بأنه « ولا ينعضى الإجابة أن تكون هناك مديونية
سابقة ما بين المدين والأجنبي » . وذلك ، فقد يقصد للمناب من قبول
الإجابة ، إما التبرع بقيمة ما يلتزم به في مواجهة المناب لديه للمنيب ، أو إلى
إقراضه هذه القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك .

نوعاها :

٤٤٣- تكون الإجابة ، كما سبق أن ذكرنا - إما كاملة أو ناقصة .

أولاً : الإجابة الكاملة :

٤٤٤- تكون الإجابة كاملة ، إذا تضمن الاتفاق عليها ، أن تبرأ ذمة
المدين الأصلي (المنيب) في مواجهة الدائن (المناب لديه) وذلك بحصول
المناب محله . وهى بهذا الشكل تتضمن معنى تجديد الدين بتغيير المدين

ولعل هذا هو السبب الذى جعل المشرع يعالج الإثابة (فى صورتها) فى الفصل المخصص لتجديد الالتزام .

وفتراض الإثابة الكاملة - تماما كما يفترض التجديد - توافق الشروط التالية :

١- أن يكون الاتفاق عليها صريحا ، أى قاطعا فى الدلالة على أن ذمة المدين (المتنب) مستبرا بالإثابة ، فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ، لأن التجديد - كما سبق أن ذكرنا - لا يفترض . ومع ذلك فقد حرص المشرع على إبراز هذا الشرط ، حين قضى فى المادة ٢/٣٦٠ بأنه « لا يفترض للتجديد فى الإثابة »^(١) .

٢- أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا م ١/٣٦٠ . وهذا الشرط يقتضيه - بدوره - فكرة التجديد ، ما دام أن الالتزام القديم لا ينقضى فى التجديد - إلا بنشوء التزام جديد يحل محله ، الأمر الذى يفترض أن يكون هذا الأخير صحيحا . وعلى نفس النسق ، لا تبرأ ذمة المدين الأصلي (المتنب) فى مواجهة الدائن (المناب لديه) إلا إذا كان الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا .

٣- « ألا يكون المناب معصرا وقت الإثابة » م ١/٣٦٠ . ورغم ما قد يبدو للوهلة الأولى ، من أن هذا الشرط مما تنفرد به الإثابة الكاملة ، إلا أن تحليله ، يظهر فى الواقع ، إمكان رده إلى شرط نشوء الالتزام الجديد ، حتى يمكن أن ينقضى الالتزام القديم فى خصوص التجديد . فالأثر المسقط للتجديد ، يفترض كما سبق أن ذكرنا - ضرورة نشوء

(١) وعلى نفس النسق تقريرا يجرى نص المادة ١٢٧٥ منى فرنسى .

الالتزام الجديد ، وإلا فإذا نشأ هذا الأخير قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن ، كان له أن يبطله ، ليرجع بدينه على المدين القديم ، باعتبار الالتزام القديم لم ينقض . وعلى نفس النمق ، إذا كان المناب معسراً وقت الإنابة ، فلا يعقل أن يقبلها المناب لديه إلا عن غلط في ملاءة المناب . فيكون الالتزام الجديد للذي ارتضاه المناب لديه قد نشأ قابلاً للإبطال لمصلحته . فيكون التجديد في الإنابة قابلاً للإبطال بدوره ، بما يسمح للمناب لديه أن يرجع على مدينه الأصلي (المنيب) .

ثانيا : الإنابة الناقصة :

٤٤٥- إذا لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد الالتزام بتغيير المدين في الإنابة ، وقعت هذه الأخيرة ناقصة ^(١) . وهذا هو الأصل في الإنابة ، إذ يغلب ألا يقبل الدائن (للمناب لديه) بهذا النظام ، براءة مدينه الأصلي (المنيب) ، وانقضاء التزامه . ويكون مؤدى الإنابة في هذه الصورة ، أن يبقى المدين الأصلي (المنيب) ملزماً بالدين إلى جانب المناب في مواجهة المناب لديه ، بما يجعل للإنابة هنا دور التأمين الشخصى ، إذ يصبح للدائن مدينان : المدين الأصلي (المنيب) ، والمدين الجديد (المناب لديه) . ويكون له أن يرجع على أى منهما بحقه . وهذه صورة من صور الالتزام التضامى الذى يتميز عن الالتزام التضامى بتعدد المصدر فيه . وهنا إذا كان محل التزام كل من المدين الأصلي (المنيب) والمدين الجديد (المناب) واحداً ، وكان من حق الدائن أن يرجع على أيهما ، إلا أن الالتزام كل مدين منهما مصدراً مستقلاً عن التزام الآخر : فالترام المدين الأصلي

(١) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المعنى : حكمي استئناف ليون في ١٩٨٢/٤/٢٠ ، ١٩٨٢/٢/٢٥ (د. ١٩٨٣-٥٨٦ وتعليق لانثرو) . نقض ١٩٧٠/٦/٥ . (د. ١٩٧٠-٧٢٧) .

يجد مصدره فى العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن ، أما مصدر التزام المدين الجديد فهو عقد الإثابة . حين يفترض الالتزام التضامنى - على العكس - وحدة مصدر الالتزام الذى يتضامن المدينون جميعا فى وفائه للدائن .

فإذا اختار الدائن أن يرجع على المدين الجديد (المناب) ، وأوفى هذا الأخير بالدين ، انقضت ديون ثلاثة : دين للمناب فى مواجهة المناب لديه ، ودين للمنيب فى مواجهة المناب لديه ، ودين للمناب فى مواجهة المنيب إذا كانت بينهما علاقة مديونية سابقة هى التى شكلت أساس قبول المناب لتحمل دين المنيب .

تجرد التزام المناب من السبب فى مواجهة المناب لديه :

٤٤٦- تنص المادة ٣٦١ بأنه « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ، ولو كان التزامه قبل للمنيب باطلا ، أو كان هذا الالتزام خاضعا لنفع من الدفوع . ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب » .

ومؤدى هذا النص ، أن التزام المناب فى مواجهة الدائن (المناب لديه) ، سواء كانت الإثابة كاملة أو ناقصة ، هو للترام مجرد عن السبب ، ما دام أنه يتمتع على المناب - بموجب هذا النص الذى يجرى على خلاف القواعد العامة - أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأى دفع ينشأ عن العلاقة التى تربطه بالمنيب . فيظل المناب ملتزما بالدين فى مواجهة المناب لديه ، ولو كانت علاقة المديونية السابقة التى تربطه بالمنيب ، والتى على أساسها قبل الإثابة ، علاقة مشوبة بالبطلان ، أو كان دينه فى مواجهة المنيب قد انقضى لأى سبب من أسباب الانقضاء . ولا يبقى للمناب - فى هذه الحالة - سوى أن يرجع على المنيب الذى أوفى عنه ، بالدعوى الشخصية

المقررة لكل من يوفى دين غيره ، والتي تنكس إما على أمان الوكالة أو للفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال .

وقد قصد المشرع بتجريد التزام المناب في مواجهة المناب لديه ، أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها . ومن ثم كانت للإثابة أهميتها في المعاملات التجارية ، حيث لا يضطر المناب لديه أن يتحرى صحة العلاقة بين المتنب والمناب .

على أن نص المادة ٣٦١ قد أجاز أن يجرى الاتفاق على غير ذلك . ومن ثم يصح - وتجريد الإثابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لمصلحة المناب لديه - أن ينزل هذا الأخير عنه ، ليقبل من المناب أن يكون له الحق في أن يدفع في مواجهته بجميع الدفوع التي تكون له في علاقته بالمتنب .

المبحث الرابع

المقاصة

La Compensation

التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها ، وتمييزها عن غيرها ، وأنواعها :

٤٤٧- المقاصة هي طريق من طرق انقضاء الالتزام ، حين يصبح المدين دائناً لدائنه ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ^(١) ، ليتعين على المدين بالجزء الباقي أن يفي به بالطريق العادي .

٤٤٨- فالمقاصة بهذا الشكل تقوم بوظيفة الوفاء المزدوج : إذ تقضى على الدين الأقل كلية ، وتقضى جزئياً على الدين الأكبر . ومثال ذلك أن

(١) وقد عرفها جوجلار - تبعاً لذلك - بأنها عملية « طرح قسوتية une Soustraction Juridique » - جوجلار (دروس مازو) بند ١١٤٢ .

يكون (أ) دائئاً لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ثم يصبح (ب) دائئاً لـ (أ) بمبلغ ٦٠٠ جنيه . فتقع المقاصة بين هذين الدينين ، لينقضي بقدر الأقل منها ، فلا يبقى على (ب) ولجب للوفاء ، سوى مبلغ ٤٠٠ جنيه . وهى بهذا الشكل توفر فى استعمال النقود وفى تحريكها ، الأمر الذى يجعل لها دوراً بالغ الأهمية فى العلاقات التجارية والمصرفية ^(١) .

وبالخط فى المثال السابق ، أن حق (أ) فى مواجهة (ب) قد انقضى جزئياً بوقوع المقاصة فى جزء منه ، ومن ثم تكون المقاصة كما سبق أن ذكرنا أحد الاستثناءات التى ترد على مبدأ عدم تجزئة الوفاء .

غير أن المقاصة ، فضلاً عن كونها أداة وفاء ، تعتبر من ناحية أخرى أداة ضمان ، ما دلم أنها تخول للدائن أن يستأثر بالدين الذى فى ذمته للطرف الآخر ، دون غيره من دائئى هذا الأخير ، وذلك عن طريق خصم ما له من حق فى مولجهته ، مما هو مدين به نحوه ^(٢) الأمر الذى يقبه احتمال إفسار هذا المدين ومزاحمة سائر دائئيه له . ففى المثال سابق الذكر ، يخصم مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه التى أصبح مديناً بها لـ (ب) من حقه فى مواجهة هذا الأخير . فكانه بهذا الشكل ، يستوفى هذا المبلغ من ذمة (ب) المالية مفضلاً عن سائر دائئى (ب) الآخرين . وبالمقابلة ، يخصم (ب) من دينه فى مواجهة (أ) ، وهو الـ ١٠٠٠ جنيه ، مبلغ الـ ٦٠٠ جنيه الذى أصبح دائئاً به له . فكانه بهذا الشكل يستوفى هذا المبلغ مفضلاً عن سائر دائئى (أ) .

(١) أنظر جوجلار بند ١١٤٥ .

(٢) وهذه الوظيفة للمقاصة — بما تخوله للدائن من أولوية على غيره من دائئى مدينه ، هى التى تفسر — فى نظر البعض — تردد التشريعات لإزالتها ، وإحاطتها بالمعبد من الشروط . أنظر جوجلار بند ١١٤٥ .

٤٤٩- والنظر إلى المقاصة باعتبارها أداة ضمان ، يقرب بينها وبين الحق في الحبس ، مادام بإمكان الحابس ، كما سبق أن بينا - أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة دائتي المحبوس ضده ، بما يجعل له من الناحية الفعلية الأولوية على هؤلاء الدائتين في استيفاء حقه من المحبوس ضده . كما يقرب بينها كذلك وبين الدفع بعدم التنفيذ ، حيث يكون من حق الدافع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المدفوع في مواجهته (١) .

أما النظر إلى المقاصة باعتبارها أداء وفاء ، أو عبارة أخرى ، سببا لانقضاء الالتزام ، فإنه - على العكس - يباعد بينها وبين كل من الحبس والدفع ، مادام أن كلا هذين الأخيرين لا يعدو أن يكون امتناعا مؤقتا عن تنفيذ الالتزام ، ولا ينقضى بهما التزام الحابس بالرد ، أو التزام الدافع بتنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر .

غير أنه أيا ما كان وجه التقارب بين المقاصة والحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ ، إلا أنها - فضلا عن اختلافها عنهما في الأكثر على نحو ما سبق بيانه - تختلف عنهما كذلك في النطاق والشروط على نحو ما سيتضح من خلال ثنايا هذه الدراسة .

٤٥٠- هذا ويشترط المشرع في المادة ٣٦٢ مدنى عدة شروط ، إذا توافرت ، تعين على القاضى أن يحكم بوقوع المقاصة متى تمسك بها من له

(١) راجع في التفرقة بين المقاصة والدفع بعدم التنفيذ

PILLEBOUT (J .F) : Recherches sur l'exception d'inexécution 1971 Spéc No 58 et S .

وراجع في التفرقة بينها والحق في الحبس : كلربونيه بند ٢٣٢ ص ٤٨٣ ، وفى

التفرقة بينها وكل من الفكرتين : د . السهوى ج ٣ بند ٥٢٦ ، وراجع - بوجه عام -

في الطبيعة القانونية للمقاصة : مائى وريزو بند ٦٣٦ ، جوسران بند ٩٣٤ ،

MENDEGRIS (R) : La nature Juridique de la compensation , 1969 .

مصلحة فيها ، ليرجع أثر المقاصة إلى الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط ، لا إلى وقت التمسك أو حكم القاضى بها ، وتسمى المقاصة عندئذ بالمقاصة القانونية .

غير أن عدم توافر بعض هذه الشروط - ابتداء - لا يحول بين ذوى الشأن وبين الاتفاق على إيقاع المقاصة ، حين تسمى فى هذه الحالة بالمقاصة الاتفاقية . كما أنه لا يحول أيضا بين ذى المصلحة وبين أن يطلب من القضاء أن يذلل له ما يعترض وقوع المقاصة للقانونية . فإذا استجاب القاضى لطلبه ، حكم بوقوع المقاصة ، حين تسمى هنا بالمقاصة القضائية . وهى لا تعدو - كما سترى فيما بعد - أن تكون نوعا من المقاصة القانونية ، ما دام أن حكم القاضى لا يعدو أن يكون موقرا وليس منشئا لها .

تقسيم :

ونوزع الدراسة فى هذا المبحث على مطلبين : نخصص الأول للمقاصة القانونية ، لنكرس الثانى لكل من المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية .

المطلب الأول

المقاصة القانونية

تقسيم :

نعرض فى هذا المطلب ، لشروط المقاصة القانونية ، وأحكامها كل فى فرع مستقل .

الفرع الأول

شروط المقاصة القانونية

٤٥١- عرض المشرع لشروط للمقاصة فى المادة ٣٦٢ منى .

واستعراض هذه الشروط يتضح منه أن بالإمكان ردها إلى فكرة واحدة ، هي أن المقاصة نوع من الوفاء الذى يقع بقوة القانون ، أو بعبارة أخرى ، نوع من الوفاء القهرى ^(١) . ويمكن تلخيص هذه الشروط ، فى ضرورة وجود دينين متقابلين ، متماثلين فى المحل ، خاليين من النزاع ، مستحقى الأداء ، صالحين للمطالبة بهما قضاء ، قابلين للحجز . وذلك على التفصيل التالى .

١- التقابل بين الدينين :

٤٥٢- لما كانت المقاصة تقع بين ما هو مستحق على المدين لدائته ، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ، فإنها تفترض - عندئذ - تقابل الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائئنا ومديننا للآخر ، فى نفس الوقت ، وبذات الصفة ^(٢) . فلا يجوز مثلاً لمن أحال حقه ، أن يتمسك - بعد نفاذ هذه الحوالة - بالمقاصة بين ما كان له من حق فى مواجهة المدين ، وبين ما نشأ لهذا الأخير من دين فى مواجهته ، وذلك لعدم تلاقى الدينين فى نفس الوقت . كما لا يجوز لمدين الشركة أن يتمسك بالمقاصة بين دينه فى مواجهة الشركة وما نشأ له من حق فى مواجهة أحد الشركاء بصفته الشخصية ، وذلك لأن كلا من الطرفين ليس دائئنا ومديننا للآخر بنفس الصفة ^(٣) .

لكن المقاصة تقع ، إذا توافر هذا الشرط ، حتى « ولو اختلف سبب الدينين » م ١/٣٦٢ ، أو انقطعت الصلة بينهما . وفى هذا تختلف المقاصة

(١) فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٤/٦ للمجموعة السنة ٢٨ رقم ١٦٠

ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى لهذا الشرط : استئناف باريس

١٩٦٢/١١/٢٩ (د. ٦٤٩-١٩٦٣ وتعليق فيرديه (ج م) .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٠٥/٢/٧ (د. ١٩٠٥-١-٤٣٢

عن الدفع بعدم التنفيذ ، الذى يفترض حتما أن يكون الالتزامان المتقابلان ناشئين من مصدر واحد هو العقد للملزم للجانبين . وعن الحق فى الحبس الذى يفترض بدوره وجود ارتباط بين الالتزامين المتقابلين .

٢- التماثل بين الدينين فى محلها :

٤٥٣- لما كانت المقاصة أداة وفاء ، ينقضى بها حق الدائن ، الذى يتمسك ذو الشأن فى مواجهته بالمقاصة ورغما عنه ، وكان من حق كل دائن أن يحصل على ذات ما للترم به المدين فى مواجهته ، ولا يمكن جبره على قبول غيره ، فقد اشترطت المادة ٣٦٢ لإمكان وقوع المقاصة القانونية ، أن يكون موضوع كل من الدينين « نقودا ^(١) ، أو ممتلكات متحدة فى النوع والجودة » . وفيما عدا النقود ، والممتلكات التى تتحد ، ليس فحسب فى نوعها ، وإنما كذلك فى درجة جودتها ، لا تقع المقاصة ^(٢) (كما لو كان محل الالتزامين عملا أو امتاعا ، ولو تماثلا) .

٣- خلو الدينين من النزاع ^(٣):

٤٥٤- ويحول بين الدينين وإمكان المقاصة بينهما ، أن يكون أحدهما

(١) وقد اشترطت بعض الأحكام فى فرنسا ، أن يكون الدينان التقديان المتقابلان ، من نوع واحد من العملة : أنظر : استئناف باريس ١٩٤٣/٢/٥ (ر.ت ١٩٤٤ - ١١٧ وتعليق هـ . ولوين مازو) ، استئناف باريس ١٩٤٣/٧/١٩ أشار إليه جوجاثر بسند ١١٤٨ هامش ٢ .

(٢) أنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/١٢/١٤ (د . ١٩٨٤ - ٣١٠ وتعليق بريتون) .

(٣) راجع من تطبيقات القضاء المصرى لهذا الشرط : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ المجموعة السنة ٢٨ رقم ١٤٧ ص ٨٣٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ - ١٦٠ - ٩٢٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ للمجموعة ٢٤ - ٦٧ - ٣٧٢ .

متنازعا فيه نزاعا جنيا ، سواء فى وجوده أو فى مقداره ^(١) . إذ يلزم فى المقاصة ، باعتبارها نوعا من الوفاء الجبرى ، أن يكون كل من الدينين محققا فى وجود ، ومحددا فى مقداره . فلا تقع المقاصة - على سبيل المثال - بين دين منجز وآخر معلق على شرط واقف ، لأن الثانى - فى فترة التعليق - لا يعدو أن يكون مجرد احتمال غير محقق . كما أن المضرور ، لا يستطيع أن يقاضى بين حقه فى التعويض قبل مرتكب الفعل الضار ، وبين ما عليه من دين له . لأن دين التعويض ، قبل تقديره قضاء أو اتفاقا ، لا يكون مؤكدا أو محددا فى مقداره .

٤- استحقاق الدينين للأداء ^(٢)، ^(٣)

٤٥٥- ولما كان من غير الجائز جبر المدين على الوفاء بالتزامه قبل حلول أجل هذا الالتزام ، فإنه لا يجوز أن تقع المقاصة بين دين حال وآخر مضاف إلى أجل ، وإلا كان معنى ذلك ، أن المدين بالتزام حال ، يجبر المدين بالتزام مؤجل . على أن يفى له بالدين قبل حلول أجله بطريق غير مباشر ، وهو غير جائز .

(١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى لشرط أن يكون كل من الدينين معلوم المقدار : نقض ١٩٧٧/٣/٣٠ ، نقض ١٩٧٧/٤/٦ ، نقض ١٩٧٣/٣/٣ سابق الإشارة .
(٢) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الشرط : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٣٠ سابق الإشارة ، وفى فرنسا استئناف ديون ١٩١٠/٤/٢١ (د. ١٩١٣-٢-٧٦) .
(٣) وفى فرنسا : يستبعد القضاء شرطى استحقاق الأداء وتعيين المقدار ، حينما يكون هناك ارتباط بين الدينين المتقابلين ، بمعنى حينما يكونان ناشئين من رابطة قانونية واحدة . أشار لهذا الاتجاه : جوجلر بند ١١٥٠ ، ستارك بند ٢٤٤٩ ، وأنظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٦٧/١/١٨ (د. ١٩٦٧-٣٥٨ وتعليق ج - مازو - ج. ك. ب ١٩٦٧-١٥٠٠٥ وتعليق JA) .

غير أنه يجدر التنويه في هذا الصدد ، إلى أن الأجل القضائي (نظرة الميسرة) ، أو الأجل الذي يتبرع به الدائن لمدينه ، لا يحول دون المقاصة ، إذا أصبح هذا المدين دائنا لدائنه ^(١) . فالقاضي أو الدائن ما منحنا المدين. هذا الأجل إلا لضيق ذات يده ، فإذا أصبح قادرا على الوفاء ، لما نشأ له من حق في مواجهة الدائن ، زالت العقبة من طريق المقاصة ^(٢) . وفي هذا المعنى تنصى الفقرة ٢ من المادة ٣٦٢ بأنه « ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها للقاضي أو تبرع بها للدائن » .

٥- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء :

٤٥٦- ويبرر هذا الشرط - بدوره - أن المقاصة نوع من الوفاء الجبرى . ويفترض هذا الأخير - بداهة - أن يكون الوفاء واجبا على المدين ، بحيث إذا لم يقم به اختيارا أمكن قهره عليه بواسطة القضاء .

ومتى كان ذلك ، فإن المقاصة لا تقع بين التزام مدنى وآخر طبيعى ، ما دام أن هذا الأخير لا يمكن جبر المدين على وقائه . ولا بين دين مستحق الأداء ، وآخر سقط قبل ذلك - بالتقادم .

٦- قابلية كل من الدينين للحجر م / ٣٦٤ - جـ

٤٥٧- فصاحب الحق غير الجائز للحجز عليه ، لا يمكن التمسك في مواجهته بالمقاصة بين هذا الحق وبين ما عليه من دين للمدين به ، فلا يجوز للزوج - على سبيل المثال - أن يتمسك بالمقاصة بين ما له من دين فى مواجهة زوجته ، وبين ما هو ملتزم به نحوها من دين النفقة التى حكم لها

(١) فى هذا المعنى نجوجلار بند ١١٤٩ .

(٢) فى هذا المعنى : كولان وكاييتان ودى لاموراندبيرر بند ٣٤٥ .

بها ، لأن حقها فى النفقة من الحقوق التى منع المشرع الحجز عليها . وإجازة المقاصة فى هذا النوع من الحقوق ، سوف تهر - بطريق غير مباشر - الهدف الذى من أجله حرص المشرع على عدم جواز الحجز عليها .

* * *

٤٥٨- فإذا توافرت هذه الشروط ، أمكن وقوع المقاصة القانونية ، حتى « ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين » (م ٣٦٣) كل ما فى الأمر ، أنه يجب على المدين الذى يتمتع بها فى هذه الحالة « أن يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق ، أو الوفاء بما عليه من دين ، فى المكان الذى عين لذلك » م ٣٦٣ .

الفرد الثانى

أحكام المقاصة القانونية

نطاق المقاصة القانونية :

٤٥٩- الأصل أن المقاصة تجوز فى كل السنين ^(١) ، أيا كان مصدرها . إلا أن المشرع قد استثنى فى المادة ٣٦٤ حالتين ، لم يجز فيهما المقاصة ، ولو توافرت الشروط السابقة ، وهما :

(أ) « إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه ، وكان مطلوبا رده » .

(١) وانظر فيما قضى به فى فرنسا من أن الأصل أن حقوق الدولة لا تتقاضى مع ما عليها من ديون : محكمة المسين المدنية ١٩٥٤/١٠/٤ (ج . ب ١٩٥٤ - ٢ - ٣٤٣ ومرافعة بلونديو ، فى خصوص عدم تقاضى حق الدولة فى الضريبة مع ما عليها من دين للخاضع للضريبة) .

وهذا الاستثناء يتسق - فى الواقع - مع المبدأ المقرر فى الشرائع الحديثة ، وهو عدم جواز القصاص للنفس . فلا يجوز للدائن بشيء معين ، أن يلجأ فى سبيل استيفاء حقه ، إلى اغتصاب شيء مماثل من مدينه ، ليتنزع - بعد ذلك - حين يرجع عليه المدين بالرد ، بأن للترامه برد ما غصب ، قد انتضى بالمقاصة بينه وبين ما له من حق فى مواجهة هذا المدين .

(ب) « إذا كان أحد الدينين شيئاً مودعا أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوباً رده » .

ويجد هذا الاستثناء تبريره فى أن المودع أو المعير قد انتمن المودع لديه أو المستعير ، على الشيء ، فلا يجوز لأى منهما أن يخون الأمانة ، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين الترامه برد الشيء أو بدفع التعويض عنه ، وبين ما نشأ له من حق فى مواجهة المودع أو المعير .

وجوب التمسك بالمقاصة :

٤٦٠- لا يجوز للقاضى ، ولو توافرت شروط المقاصة القانونية ، أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، إذ « لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها ^(١) من له مصلحة فيها (م ١/٣٦٥) . فالمقاصة بهذا الشكل ليست من النظام العام .

غير أن ذى المصلحة فى المقاصة ليس فقط للمدين الذى أصبح دائناً لدائنه ، فقد يتمسك الكفيل ^(٢) ، وله مصلحة فى ذلك ، بانقضاء دين المدين

(١) وقد أجازت محكمة النقض المصرية التمسك بالمقاصة القانونية متى توافرت شرائطها ، فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أجازت التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . أنظر نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة لسنة ٢٨ رقم ١٦٠ ص ٩٣٦ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٨٣/٦/١ (د . ١٩٨٤-١٥٢ وتطبيق أوبير) .

الذى يكفله ، بالمقاصة بينه وبين حق نشأ لهذا المدين فى مواجهة الدائن الذى يرجع عليه . كما يعتبر حائز العقار ذا مصلحة فى الدفع بالمقاصة بين الدين الذى يسأل عنه فى مواجهة الدائن المرتين بسبب حيازته للعقار المرهون ، وبين حق نشأ للمدين للراهن فى مواجهة الدائن . وفضلا عن ذلك ، تجيز المادة ٢٨٧ ، فى التضامن بين المدينين ، أن يتمسك المدين المتضامن بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا الأخير فى الدين التضامنى . وقد سبق تفصيل ذلك فى موضعه ^(١) .

٤٦٩- والغالب أن يقع لالتمسك بالمقاصة فى صورة دفع ، يدفع به المدين ، الذى أصبح دائنا لدائته ، وطالبه هذا الأخير بسداد الدين . كما أن من المتصور أن يتم التمسك بها بطريق دعوى يرفعها صاحب المصلحة فيها ، وعندئذ يتعين على للقاضى - متى تولفت شروطها ، أن يقضى بها ، فليس له إزاء طلبها سلطة تقديرية . وحكمه بوقوعها لا يعدو أن يكون مقررأ لها . ولذلك يقال بأن المقاصة هنا تقع بقوة القانون ^(٢) ، ومن هنا سميت بالمقاصة القانونية ، تمييزا لها عن المقاصة القضائية . وهذه المقابلة بين نوعى المقاصة ، صحيحة ، إن كان يقصد بها ، أن الأولى ترتب آثارها منذ تولفت شروطها ، حين أن الثانية لا ترتب أثرها إلا بعد إزالة للقاضى ما يعوق اكتمال شروطها . أما إذا كان المقصود منها ، أن حكم للقاضى فى المقاصة القضائية ينشئ هذه المقاصة ، حين أنه لا يعدو أن يكون مقررأ لها فى المقاصة القانونية ، فإن هذه المقابلة تكون - فى الواقع - غير دقيقة كما سنرى فيما بعد .

(١) أنظر سابقا بند ٣٠٥ ، ص ٣١٥ .

(٢) فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٧/٤/٦ سابق الإشارة .

آثار التمسك بالمقاصة :

٤٦٢- إذا تمسك بالمقاصة القانونية من له مصلحة فيها ، وثبتت القاضى من توافر شروطها ، ترتب عليها « انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما » (م ١/٣٦٥) . وهكذا يجبر الدائن بالمبلغ الأكبر ، على قبول وفاء جزئى لحقه .

٤٦٣- غير أن هذا الأثر لا يترتب من وقت للحكم بالمقاصة ولا من وقت التمسك بها ، وإنما بأثر رجعى ، منذ الوقت الذى يصبح فيه الدينان « صالحين للمقاصة » م ٢/٣٦٥ .

ويترتب على هذا الأثر الرجعى للمقاصة :

١- أنه إذا كان أحد الدينين ينتج فائدة ، ثم وقعت المقاصة ، فإن سريان الفوائد يعتبر قد توقف ليس من وقت الحكم ، ولا من وقت التمسك بالمقاصة . وإنما منذ الوقت الذى اجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة بينهما . بحيث لا يجوز للدائن بهذه الفوائد ، أن يطالب بها إلا عن المدة السابقة على تلاقى الدينين .

٢- أنه إذا كان أحد الدينين « قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ، ما دامت المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » (م ٣٦٦) . وبموجب هذا النص ، الذى لا يعدو أن يكون تطبيقاً لفكرة الأثر الرجعى الذى قرره المشرع فى المادة ٢/٣٦٥ ، يكون المرجع فى تحديد ما إذا كان أحد الدينين الذى مضت عليه مدة التقادم عند التمسك بالمقاصة ، صالحاً للتقاصى بينه وبين الدين الآخر أم لا ، هو بما إذا كان - عند تلاقى الدينين - لا يزال باقياً لم تكتمل

مدة تقادمه ، فيجوز للتقاضي به ، أم كانت هذه المدة قد اكتملت قبل ذلك الوقت ، فلا يتلاقى الدينان .

فمثلاً إذا كان لـ (أ) في مواجهة (ب) دين واجب الأداء فى ١٩٧٥/١/١ ثم أصبح لـ (ب) فى مواجهة (أ) دين واجب الأداء فى ١٩٨٥/١/١ . فإذا طالب (ب) بحقه فى ١٩٩٠/٢/١ . وأراد (أ) أن يدفع هذه المطالبة بالمقاصة ، فإن المرجع فى إمكان أو عدم إمكان ذلك ، ليس هو تاريخ التمسك بالمقاصة ، أى ١٩٩٠/٢/١ ، إذ فى هذا التاريخ يعتبر حق (أ) قد مضت عليه مدة التقادم (من ١٩٧٥/١/١ إلى ١٩٩٠/٢/١) وإنما التاريخ الذى لاجتمع فيه الدينان صالحين للمقاصة ، أى فى التاريخ الذى نشأ فيه الدين المقابل (وهو ١٩٨٥/١/١) ، ففى هذا التاريخ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت فى حق (أ) لدى (ب) (من ١٩٧٥/١/١ إلى ١٩٨٥/١/١) . وعندئذ يكون له أن يتمسك بالمقاصة .

٤٦٤- هذا وتقضى المادة ٢/٣٦٥ بأنه « ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء » . ومعنى ذلك ، أنه تطبق عند تعدد الديون التى تجوز المقاصة فيها بين الطرفين ، ما سبق دراسته من قواعد خصم الديون أو المدفوعات .

عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بالغير :

٤٦٥- ورد النص صراحة على هذه القاعدة فى المادة ١/٣٦٧ ، التى تقضى بأنه « لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير » . فإذا تعلق لأحد الأغيار حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به ، امتنعت المقاصة ، درءاً لما يمكن أن يترتب على وقوعها من إضرار بهذا الغير .

وقد طبق المشرع هذه القاعدة ، تطبيقين ، ورد أحدهما فى الفقرة الثانية من نفس النص ، وأفرد للثانية نص المادة ٣٦٨ . ويمكن تلخيص هذين التطبيقين على النحو التالى :

١- عدم جاوز التمسك بالمقاصة إضراراً بالدائن الحاجز :

٤٦٠- « إذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز » م ٢/٣٦٧ .

ويجد هذا الاستثناء تفسيره ، فى أن المقاصة فى الواقع هى نوع من الوفاء ، حين أنه لا يجوز ، فى حجز ما للمدين لدى الغير ، أن يفى المحجوز لديه ، بالددين ، للمحجوز عليه ، إضراراً بالدائن الحائز .

فإذا فرضنا أن (أ) دائن لـ (ب) بمبلغ ١.٠٠٠ جنيه . ثم أراد (جـ) وهو دائن لـ (أ) أن يوقع حجزاً على ما لمدينه (أ) لدى الغير (ب) . وأوقع هذا الحجز بالفعل . عندئذ يصبح مبلغ الـ ١.٠٠٠ جنيه ، المحجوز تحت يد (ب) ، محبوساً لمصلحة الحاجز (جـ) . فلا يجوز لـ (ب) أن يفى به لـ (أ) . ومتى امتنع هذا الوفاء المباشر ، تعين أيضاً منع الوفاء بطريق غير مباشر . ولذلك فإذا أصبح (ب) دائناً لـ (أ) بعد هذا الحجز الذى وقع تحت يده ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة بين ما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) ، وبين ما هو مدين به نحوه ، لأن فى وقوع المقاصة هنا إضراراً بالحاجز ، كما أن فيها معنى الوفاء لـ (أ) بحقه ، عن طريق إسقاط ما نشأ لـ (ب) من حق فى مواجهته . إنما يجوز لـ (ب) بدوره ، باعتباره دائناً بما نشأ له من حق فى مواجهة (أ) ، أن يحجز بدوره على ما تحت يده من مال لـ (أ) ، فيشارك بذلك مع الحاجز الأول (جـ) فى قسمة الغرماء .

٢- عدم جواز التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له :

٤٦٧- « إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة . . . » م ٣٦٨ .

ولما كان من المسلم به ، أن قبول المدين للحوالة دون تحفظ ، يسقط حقه في التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له ، ولو كان يجهل أن له في مواجهة دائته الأصلي حقاً يمكن التقاضي به ، فإننا نرى - مع بعض الشراح - أن هذا الاستثناء لا يجد تفسيره ، فيما يقال به عادة ^(١) من أن قبول الحوالة دون تحفظ يعد نزولاً ضمناً من جانب المدين عن التمسك بالمقاصة . وإنما الأولى أن يقال ، بأن المشرع قد قصد بذلك ، أن يقلل المحال له من عناء البحث في العلاقة التي تربط الدائن المحيل بالمدين ، وأن يؤمن حق المحال له في مواجهة المدين الذي كان يتعين عليه هو أن يتحرى عن حقوقه في مواجهة دائته الأصلي ، وأن يتمسك بها في الوقت المناسب ، أو على الأقل أن يتحفظ بشأنها حين يقبل هذه الحوالة . أما إذا قبلها دون تحفظ - حتى ولو كان يجهل ما له من حق - فلا يصح أن يلومن إلا نفسه . ولا يمكن أن يضار المحال له بهذا الإهمال ، وقد كان من حقه أن يطمئن إلى الحوالة بعد أن قبلها المدين على هذا النحو ^(٢) . ولا يبقى للمدين في هذه الحالة « إلا الرجوع بحقه على المحيل » م ١/٣٦٨ .

(١) انظر مثلاً : د . سليمان مرقس ١٩٦١ بند ٨٨٤ ، د . البدرأوى بند ٣٨٧ ، د . جميل الشرقاوى بند ١١٣ .
(٢) انظر في هذا المعنى : د . إسماعيل غانم بند ٢٦٤ ، وقرب د . السنهوري ج ٣ بند ٥٥٥ .

غير أن هذا الاستثناء مقصور في الواقع على الفرض الذي تنفذ فيه الحوالة بقبول المدين ، « أما إذا كان المدين لم يقبل للحوالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة » . م ٢/٣٦٨ .

النزول عن المقاصة :

٤٦٨- لمن له حق التمسك بالمقاصة أن يتنازل عنها ، صراحة كان هذا التنازل أم ضمناً . بشرط أن تكون الظروف التي تم فيها التنازل الضمنية قاطعة في الدلالة على اتجاه النية إليه ، لأن التنازل عن الحق لا يفترض .

غير أن المشرع لم يجز النزول عن المقاصة « قبل ثبوت الحق فيها » م ٣٦٥-١ ، أى مقدماً وقبل تلاقى الدينين تلاحقاً يستجمع شروط المقاصة . وليس معنى هذا الحظر أن للمقاصة تصبح من النظام العام ، فقد سبق أن قلنا - على العكس - أنها لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها . كل ما في الأمر أن المشرع قد خشي ، لو أجاز مثل هذا الاتفاق المسبق على النزول عن المقاصة ، أن يصبح أمراً مألوفاً ، يفرضه الدائن - بما له من مركز أقوى ، على المدين ، فيجرده - مقدماً - من حقه في أن يقضى على دينه بما نشأ له من حق في مواجهة الدائن .

عدم جواز النزول عن المقاصة إضراراً بالغير ^(١) :

٤٦٩- قد يقي المدين بالدين ، رغم علمه بإمكان التمسك بالمقاصة في مواجهة الدائن ، فيعتبر بذلك قد تنازل ضمناً عن المقاصة . ولا يبقى له - بعد ذلك - سوى أن يطالب الدائن بحقه الذي كان يمكن له أن

(١) راجع في آثار التنازل عن المقاصة ، بالنسبة للغير :

DRAKIDIS (PH) : Des effets à l'égard des tiers de la renunciation à la Compensation acquise R. T 1955-238 .

بقتضيه مقاصدة .

غير أن هذا النزول لا يصح بداهة أن يكون على حساب الغير . ومن ثم فإن القاعدة في هذا الشأن ، هي عدم جواز النزول عن المقاصدة إضراراً بالغير .

ويقصد بالغير هنا ، كل من كانت له مصلحة في تمسك المدين بالمقاصدة : وهم كفلاء حق هذا المدين ، شخصية كانت للكفالة أم عينية ، والمدين المتضامن في سداده ، وحائز العقار المرهون لضمان هذا الحق ، بل وللدائنون المرتهنون للمتأخرون في المرتبة عن مرتبة الرهن الذي كان يكفل هذا الحق .

وفي هذا الشأن تقضى المادة ٣٦٩ بأنه « إذا وفي المدين ديناً ، وكان له أن يطلب المقاصدة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه . . . » .

وفاء الدين عن جهل بوقوع المقاصدة :

٤٧٠- أما على العكس ، إذا أوفى المدين بالدين ، جاهلاً بوجود حق له يمكنه أن يقاضي به هذا الدين ^(١) ، فإنه لا يمكن أن يعتبر متنازلاً عن حقه .

(١) وعليه هو يقع عبء إثبات ذلك ، أنظر السهوري ج/٣ بند ٥٤٧ والنقطة الفرنسية المشار إليه فيه هامش ٢ .

ولقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يقضى بأن يثبت المدين أيضاً أنه كان له حذر مقبول في جهله بوجود حقه ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة التي كانت تقضى بذلك ، اكتفاءً بواقعة جهل المدين لوجود حقه ، وحسماً للمنازعات التي تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولاً أو غير مقبول من الأعذار . أشار لذلك ، السهوري ، الموضوع السابق .

فى التمسك بالمقاصة . وكان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن يقال أن للمقاصة قد وقعت بحكم القانون ، فانقضى بها دين المدين ، فإذا أوفاه بعد ذلك يكون قد أوفى ديناً انقضى ، فيسترد ما دفع وفقاً لقواعد استرداد غير المستحق . ولا يرجع بحقه وبما يكفل هذا الحق من تأمينات لأن هذا الحق قد انقضى أيضاً بالمقاصة وانقضت معه تأميناته . ولكن القانون جعل (فى المادة ٣٦٩) من جهل للمدين بوجود حقه المكفول بالتأمينات عذراً مقبولاً ، فحفظ له حقه ، واعتد بالوفاء الصادر منه على أنه وفاء لدين قائم فى نفسه (لا على أنه وفاء لدين قد انقضى بالمقاصة) . وما دامت المقاصة لم تقع ، فإن حق المدين فى ذمة الدائن يبقى بما له من تأمينات ، ولو كانت هذه الأخيرة كفالة (شخصية ، أو عينية) فأضر بقاؤها بالغير ، وذلك كله رعاية لحسن نية المدين ^(١) .

المطلب الثانى

المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية

المقاصة الاتفاقية :

٤٧٩- قد لا تتوافر شروط المقاصة للقانونية ومع ذلك يتفق الطرفان على إيقاع المقاصة بين ما لكل منهما من حق فى مواجهة الآخر وما عليه من دين له . ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً ، طبقاً لمبدأ حرية الاتفاقات . وتسمى المقاصة هنا بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية . وهى تتميز عن المقاصة القانونية بأن آثارها لا تترتب إلا منذ تاريخ الاتفاق عليها فلا يتصور فيها الأثر الرجعى الذى يفترض تلاقى الدينين مستجمعين لشروط المقاصة القانونية قبل التمسك بهذه المقاصة .

(١) انظر : السنهورى بند/٥٤٧ .

غير أنه يسرى على هذا النوع من المقاصة أيضاً قاعدة عدم جواز وقوع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير .

المقاصة القضائية^(١):

٤٧٢- قد يحول بين أحد الطرفين وإمكان تمسكه بالمقاصة القانونية ، تخلف أحد شروطها المحددة قانوناً ، في حقه . فإذا كان هذا للشرط من الشروط التي يستطيع القضاء استكمالها ، وهو ما ينحصر في شرط خلو حقه من النزاع ، جاز لهذا الطرف أن يطلب إلى القضاء^(٢) الفصل فيما يثور حول هذا الحق من نزاع . فإذا ما انتهى هذا للفصل إلى أحقيته فيما يدعيه من حق ، أصبح هذا الأخير خالياً من النزاع ، فزالَت العقبة التي كانت تحول دون إمكان التقاضي به . ويكون للقاضي بهذا الشكل هو الذي استكمل شروط المقاصة . ومن هنا جاءت تسميتها بالمقاصة للقضائية ، حين أنها في

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا النوع من المقاصة ، انظر :

CHABAS (F) : Réflexions sur la Compensation Judiciaire . J . C . P . 1966-1-2026 .

بريور : تعليق — (جـ ك ب ١٩٦٨-٢-١٥٥٤٤) ، جافالدا : تعليق

— (جـ ك ب ١٩٦٨-٢-١٥٦٣٧) ، جـ - شيفالبي (ر . ت ١٩٦٥-١٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقاصة القضائية ، باعتبارها طلباً عارضاً من المدعى عليه ، فإنه لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تبحثها وأن تفصل فيها من تلقاء نفسها . انظر : نقض ١٩٧٨/١/٢٥ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٦٣ ص ٣٠٩ ، وراجع في تطبيق ذلك : نقض ١٩٧٣/٣/١٥ للمجموعة ٢٤-٧٧-٤٣٠ ، وانظر أيضاً : نقض ١٩٧١/١/٢٤ للمجموعة ٢٢-١٣٣-٨١٨) وقد جاء في الحكم الأخير أن إغفال محكمة الموضوع الرد على الدفع بالمقاصة القضائية لا يعيب حكمها . كذلك قضت محكمة النقض بعدم جواز طلب المقاصة للقضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٦ للمجموعة ٢٨-١٦٠-٩٣٦ .

الواقع ليست سوى نوع من المقاصة القانونية^(١)، مادام أن دور القضاء ينحصر — لا أكثر — في استجماع شروط المقاصة القانونية ، بإزالة العقبة من طريق توافر أحد شروطها^(٢) . فيكون حكم القاضي بالمقاصة مقررأ — في الحقيقة — لها ، وليس منشأ^(٣) . وإذا كانت المقاصة لا تقع هنا إلا من وقت الحكم ، فليس في ذلك من خروج على أحكام المقاصة القانونية ، مادام أنه في هذا الوقت فقط ، يكون الدينان قد التقيا صالحين للمقاصة ، بزوال العقبة التي كانت تحول دون هذا التلاقى^(٤) .

ومثال هذه الحالة ، أن يرفع المؤجر دعوى على المستأجر ، يطالبه بالأجرة ، فيقدم المدعى عليه (المستأجر) بدوره طلباً عارضاً بتعويضه عن تعرض وقع له من جانب الآخر (المؤجر) ، وبالمقاصة بين ما له من حق في التعويض عنه ، وما هو مدّين به للمؤجر ، فينازع المدعى (المؤجر) في وجود هذا التعرض . فإذا تبين للقاضي أن للطلب العارض جدى ، لم

(١) من هذا رأى : ملرتى وريلو بند ٦٤٩ ، جوجلار بند ١١٥١ ، وفي مصر : د . إسماعيل غانم بند ٢٦٧ ، د . جميل الشرقاوى بند ١١٤ ، ويقترب جوسران بند ٩٤٤ . وانظر عكس ذلك : د . السنهورى ج٣ بند ٥٦٠ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٥٩٨ ، ويقترب : كولان وكليبتن ودى لامورلنديير بند ٣٤٧ .

(٢) وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها ، إلى أن تجعل من المقاصة القضائية نظاماً مستقلاً ، يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاء الموضوع دون تعيد بأى من شرط المقاصة القانونية . أشار لهذا الاتجاه ، وانتقده : جوجلار بند ١١٥١ ، وانظر من تطبيقاته : حكم نقض ١٢/٧/١٩٥٦ (ج . ب . ٢-١٤٩) .

(٣) وعكس ذلك : د . السنهورى ، د . محمود جمال الدين زكى الإشارتان السابقتان .

(٤) راجع بوجه عام في مسألة مبدأ مريان آثار المقاصة القضائية :

LEVY (J . ph) : note J . C . P . 1968-2-15322 .

يقصد به المستأجر تأخير الفصل في دعوى المؤجر (المدعى) ^(١) ، أوقف الفصل في دعوى طلب الأجرة ، إلى أن يفصل في النزاع حول التعرض ، فإذا ما ثبت هذا الأخير ، وقدر للقاضي التعويض عنه ، فأصبح حق المستأجر - بهذا الشكل - خالياً من النزاع ، حكم للقاضي بوقوع المقاصة بين الدينين ^(٢) .

المبحث الخامس

اتحاد الذمة

La Confusion

المقصود به وحالاته ، وتمييزه عن غيره :

٤٧٣- يقصد باتحاد الذمة ، أن يجتمع « في شخص واحد صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد » م ١/٣٧٠ مدني . وذلك كأن يتوفى الدائن فيرثه المدين . فتجتمع بهذا الشكل في شخص هذا الأخير صفتا الدائن والمدين .

٤٧٤- ولا يقع اتحاد الذمة بسبب الوفاة فحسب ، بل يتصور أن يقع حال الحياة أيضاً ، وإن كان ذلك لمرأ نادرأ ، ومثاله أن تشتري الشركة ما سبق أن أصدرته من سندات .

٤٧٥- ويفترق اتحاد الذمة عن المقاصة ، في أنه يفترض أن تجتمع

(١) وهو ما يعني أن للقاضي سلطته التقديرية في هذا الشأن ، في هذا المعنى :

كاربوتيه بند ١٢٢ ص ٤٨٧ .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٥٩/٧/١٢ (ج ب ١٩٥٦ -

١٩٤٩) ، نقض (لجناسي) ١٩٤١/١/٩ (ج ب ١٩٤١ - ١٣١) ، نقض

١٩٤٣/٤/١٥ (ج ب ١٩٤٢ - ٢٣) .

صفتا الدائنية والمديونية في شخص واحد وبالنسبة لدين واحد . حين نفترض المقاصة - على العكس - أن يكون هناك دينان متقابلان لشخصين ، الدائن في أحدهما مدين في الآخر .
أثـره :

٤٧٦- ويضع اتحاد الذمة عقبة أمام المطالبة بالدين ، إذ يستحيل في الواقع أن يطالب الإنسان نفسه ، فيرجع بصفته دائئاً ، على نفسه بصفته مديناً ^(١) . ولذلك يترتب على اتحاد الذمة أن ينقضى الدين « بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة » ^(٢) ، م ١/٣٧٠ . فإذا توفي الدائن بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فورثة المدين بهذا المبلغ ، وارثاً وحيداً ، لنقضى الدين كله باتحاد الذمة . أما إذا كان المدين يرث نصف التركة لوجود وارث آخر ، فإن الدين ينقضى باتحاد الذمة في حدود النصف ، ليبقى للوارث الآخر أن يرجع على المدين بمبلغ ٥٠٠ جنيه .

وتأخذ الشرائع الغربية بنفس الحل فيما لو توفي المدين فورثه الدائن ^(٣) ، إذ ينقضى - عندئذ - ما كان للوارث من دين في ذمة المورث باتحاد الذمة . وأساس ذلك ما تأخذ به هذه الشرائع من مسئولية الوارث شخصياً عن ديون مورثه ^(٤) .

أما في الشريعة الإسلامية ، فإنه وفقاً لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد

(١) في هذا المعنى : جوجلار (دروس ملزو) بند ١١٣٩ .

(٢) وتنقضى معه ضماناته ، انظر في هذا المعنى ، وفي مبرره ، جوجلار بند ١١٤٠ ، مارتى وريلو بند ٨٥٥ .

(٣) انظر : ستارك بند ٢٤٦١ ، جوسران بند ٩٤٦ ، مارتى وريلو بند ٨٥٤ .

(٤) وراجع - مع ذلك - في عدم إعمال أحكام اتحاد الذمة في فرض قبول الوارث للتركة تحت شرط الجرد : كولان وكابيتان ودي لاموراندبيرر بند ٣٥٠ .

الدين ، فإنه فى مثل هذا للفرض الأخير ، تظل تركة للمدين المتوفى مشغولة بالدين ، فيرجع الدائن (للوارث) بحقه عليها ، فيقتضيه وفاء . ثم يؤول إليه بعد ذلك ما له من نصيب فى للتركة خالياً من الدين .

٤٧٧- ولما كانت العلة فى انقضاء الدين باتحاد الذمة هى استحالة مطالبة الإنسان لنفسه ، فإنه متى « زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزاله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن » م ٢/٣٧٠ . كما لو أوصى الدائن للمدين بالدين ، ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

تقسيم :

٤٧٨- ينقضى الالتزام دون الوفاء به : إما لإبراء المدين منه ، أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أو لسقوطه بالتقادم . ونخصص لكل من هذه للموضوعات مبحثاً مستقلاً .

المبحث الأول

الإبراء^(١)

La remise de dette

المقصود به ، وطبيعته ، وشروطه ، وما يترتب عليه من آثار :

٤٧٩- الإبراء هو تصرف قانوني ، بموجبه ، يتنازل الدائن - مختاراً ، وبلا مقابل - عما له من حق في مواجهة المدين . وهو - وفق تصويره في المجموعة المدنية للحالية - عمل قانوني من جانب واحد ؛ ومن ثم فإنه ينتج أثره في القضاء على الالتزام ، متى اتصل بعلم من وجه إليه ، وهو المدين ، وذلك دون حاجة لقبول هذا الأخير . ولما كانت بعض النفوس تعاف المنّة ، فلم يشأ المشرع أن يفرض على المدين تفضلاً قد لا يقبله ، فأجاز أن يرتد هذا الإبراء برده من جانب المدين . وقد جمعت كل هذه المعاني المادة ٣٧١ مدني ، حيث قضت بأنه : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم

(١) راجع في هذا الموضوع :

RAYNAUD (P) : La renunciation à un droit . R.T. 1936 p. 763 et s .

د . عبدالرازق حسن فرج : الإبراء من الالتزام (دراسة مقارنة) ط ١ ١٩٧٦ .

للمدين ويرتد برده » .

٤٨٠- هذا وبالنظر إلى أن الإبراء من أعمال التبرع^(١)، فإنه يخضع للأحكام الموضوعية لهذه الأعمال (م ١/٣٧٢ مدني) . فيلزم أن يكون للدائن أهلاً للتبرع . ويمكن لدائني هذا الدائن أن يطعنوا في هذا الإبراء بالدعوى البولصية باعتباره تصرفاً مفقراً ، دون حاجة إلى إثبات غش أو تواطؤ . فإذا رد المدين الإبراء فعباد الدين إلى الظهور بعد انقضائه ، كان لدائني هذا المدين أن يطعنوا في هذا الرد بالدعوى البولصية باعتباره تصرفاً مفقراً ، زاد من التزامات المدين . ولا يمكن القول هنا بأن المدين يرفض الاعتناء ، فهذا التصوير لا يصح إلا إذا كان الإبراء لا ينتج أثره إلا بالاتفاق مع المدين ، كما هو الحال في القانون الفرعسي^(٢)، وكما كان الحال في التقنين المدني الملغى .

٤٨١- ونحن لا نقر ما يتجه إليه بعض الشراح في مصر ، من أن الإبراء يقضى على عنصر المسؤولية في الالتزام فقط ، دون عنصر المديونية^(٣) . فهذا التفسير لا يتمشى في الواقع مع النية الحقيقية للدائن ، الذي لو كان يقصد إلى مجرد التنازل عن حقه في الالتجاء إلى القهر لإجبار

(١) انظر في هذا المعنى : نقض مصري ١٩٧١/١/٢١ المجموعة السنة ٢٢ رقم

١٨ ص ١٠٠ .

(٢) فكل من المائتين ١٢٨٥ ، ١٢٨٧ من المجموعة المدنية الفرنسية ، تصفيه بأنه : « إخلاء ذمة اتفاقي *décharge conventionnelle* » . والفقه الفرنسي يسلم بهذا التكليف ، وإن كان يرى أن الإبراء يمكن أن تتضمنه وصية ، أي تتضمنه عمل قانوني من جانب واحد ، انظر في هذا الشأن : مارتى وريينو بند ٨٤٧ ، جوسران بند ٩٥١ ، ستارك بند ٢٤٦٦ ، كاروبنييه بند ١٣٧ ص ٥٠٢ .

(٣) انظر : د . إسماعيل شائم ص ٤٢٩ هلمش ١ .

المدين على تنفيذ التزامه ، لاكتفى بموقف سلبي هو عدم مطالبة المدين بالدين إلى أن ينقضي بالتقادم للمعقود^(١) .

٤٨٢- لكن الإبراء ، بالرغم من اعتباره تبرعاً ، إلا أنه لا يشترط فيه شكل خاص^(٢)، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان « م ٢/٣٧٢ مدني .

٤٨٣- ومتى تم الإبراء ، ترتب عليه انقضاء الالتزام بالقدر الذي تناوله . فتزول معه توابعه ، و ضماناته ، عينية كانت أو شخصية .

(١) انظر في معنى أن الإبراء يقضى على الدين وكذلك على ضماناته : جوجار (دروس ملازو) بند ١٢٠٠ ، وانظر أيضاً ستارك بند ٢٤٦٦ .

(٢) راجع في الطبيعة التقبيلية للإبراء : جوسران بند ٩٥١ ، كاريوبيه بند ١٣٧ ص ٥٠٢ وما بعدها ، ومقال رينو (بالمجلة التفصيلية) سابق الإشارة .

(٣) وإن لزم أن تكون نية الدائن في معنى للتنازل عن حقه واضحة لا تحتمل أي لبس ، إذ التنازل عن الحق لا يفترض ، انظر في هذا المعنى : نقض فرنسي (تجاري) ١٩٨١/١/٢٦ (د . ١٩٨٢-١ وتعليق أونورا) ، نقض ١٩٨٠/١/١٥ (د . ١٩٨١-أر-٣١٢ وتعليق جستنا) .

(٤) وتجعل المادة ١٢٨٢ مدني فرنسي من تسليم الدائن ، مختاراً ، سند الدين (العرفي) للموقع عليه من جانب المدين لهذا الأخير ، دليلاً على الإبراء . انظر في تطبيق لهذا النص ، وأن هذه القرينة لا تثبت إثبات العكس سواء في المصاد المدونة أو التجارية : نقض فرنسي (تجاري) ١٩٨٠/٦/٣٠ (د . ١٩٨٢-٥٣ وتعليق بارلياني) ، وقارن - على العكس - استئناف تولوز ١٩٦٦/١١/٢٣ (د . ١٩٦٧-٥٢٢) . وراجع - بوجه عام - في إثبات الإبراء : جوجار بند ١٢٠٢-١٢٠٦ ، ملارتي ورينو بند ٨٥١-٨٥٢ ، كولان وكابيتان ودی لاموزلنديير بند ٣٥٥ ، جوسران بند ٩٥٤-٩٥٧ .

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

L'impossibilité d'exécution

التعريف بها ، وأثرها :

٤٨٤- كذلك ينقضى الالتزام دون الوفاء به ، إذا استطاع المدين أن يثبت أن هذا الوفاء قد « أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » (م ٣٧٣ مدنى) ، على أن يلاحظ ما يأتى :

١- ضرورة ثبوت استحالة التنفيذ ، مادنية كانت هذه الاستحالة أم قانونية وليس مجرد صيرورة هذا التنفيذ مرهقاً ، وإلا كنا بصدد نظرية الظروف الطارئة ، وجاز للقاضى أن يرد ذلك الالتزام المرهق إلى الحق للمعقول .

٢- يتعين أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي عن المدين ^(١) : وذلك إما بفعل قوة قاهرة ، أو لخطأ الغير ، أو لخطأ للدائن نفسه .

٣- لا يمكن القول فى هذه الحالة ، بإلزام المدين - وقد أصبح تنفيذ التزامه عيناً مستحيلاً - بأن يفى بمقابل أو بطريق التعويض ، فالفرض أنه غير مخطئ ، أو بعبارة أخرى غير مسئول عن هذه الاستحالة .

(١) انظر فى هذا المعنى : جوسران بند ٩٦١ ، كولان وكابيتان ودى لامورالديير بند ٣٥٦ ، وقد قضى تبعاً لذلك بأن لنقضاء الالتزام بصيرورة تنفيذه مستحيلاً بسبب القوة القاهرة ، شرطه حدوث القوة القاهرة خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، ومن ثم فإن تأخير المدين فى التنفيذ لا يخوله للتمسك بوفوعها ، انظر نقض مصرى ١٩٧٨/١١/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٤١ ص ١٧٦٦ .

- ٤- يمكن أن يظل المدين مسؤولاً عن تنفيذ الالتزام رغم استحالة بسبب
أجنبي إذا كان الطرفان قد اتفقا منذ البداية على تحميل المدين تبعه
هذا السبب الأجنبي . غير أن التنفيذ العيني - وقد استحال هذا - فلا
يبقى أمام الدائن إلا أن يرتضى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض .
- ٥- إذا كان المدين قد التزم بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل ،
وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يَمِّ بتمليمه بعد أن أعثر ، أى بعد
وضعه موضع المقصر فى عدم تنفيذ التزامه ، فإنه يتحمل تبعه
هلاك الشيء بفعل القوة القاهرة ، ولو كان هذا الهلاك قبل الاعذار
على الدائن . اللهم إلا إذا أثبت « أن الشيء كان يهلك كذلك عند
الدائن لو أنه سلم إليه » م ٢٠٧ مدنى .

٤٨٥- هذا ويترتب على استحالة التنفيذ - مالم تكن استحالة مؤقتة
توقف فحسب تنفيذ هذا الالتزام خلال مدة قيامها ^(١) - انقضاء التزام المدين .
فإذا كان العقد الذى يربطه بالطرف الآخر ملزماً له وحده ، فإن الدائن فيه لن
يستطيع بعد الاستحالة أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . ولذلك يقال بأنه فى
العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون تبعه الهلاك على الدائن بالالتزام الذى
استحال تنفيذه . حين أنه ، لو كان العقد الذى يربط المدين بالطرف الآخر
ملزماً للجانبين ، فلن يكون بإمكان المدين ، وقد سقط التزامه ، أن يطالب
الطرف الآخر بشئ ؛ فالعقد سينفسخ ، ويعفى الطرف الآخر من تنفيذ
التزامه . ولذلك يقال بأنه فى العقود الملزمة للجانبين تقع تبعه استحالة التنفيذ

(١) انظر من تطبيقات القضاء فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٩٧٧/٣/٦
المجموعة السنة ٢٨ رقم ١١٢ ص ٦١٢ ، نقض فرنسى ١٩٨١/٢/٢٤ (د ١٩٨٢ -
٤٧٩ وتطبيق مارتان) .

على عائق المدين الذى استحال تنفيذ التزامه (١) .

المبحث الثالث

التقادم المسقط (٢)

La prescription extinctive

تعريفه ، وأساسه :

٤٨٦- التقادم المسقط ، هو سبب ينقضى به الالتزام (٣) حين يقعد الدائن عن مطالبة مدينه به ، على إمكان هذه المطالبة ، المدة التى يحددها القانون (٤) .

٤٨٧- ويقف وراء ما يجعله المشرع لمضى المدة من أثر فى إسقاط الالتزام (الحق) ، أن سكوت الدائن عن للمطالبة بحقه ، رغم إمكان هذه المطالبة ، ولمدة طويلة ، إنما ينهض فى كثير من الأحيان قرينة على وفاء المدين به . ولما كان من غير المقبول إلزام المدين بأن يحتفظ بسند الوفاء (المخالصة) إلى ما لا نهاية ، فإن من شأن هذه القرينة أن تحفيه من إثبات

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى فى هذا المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ للمجموعة السنة ٣١ رقم ٣٨٨ من ٢٠٨٢ ، نقض ١٩٧٧/٤/١٥ المجموعة ٦٠٩/١٥٦/٢٨ ، نقض ١٩٧٧/١/١١ للمجموعة ٢٨-٤٨-٢١١ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع ، بصفة خاصة : د . عبد المنعم البدر اوى ، اثر مضى المدة فى الالتزام . رسالة للقاهرة ١٩٥٠ .

(٣) انظر فى الخلاف حول ما يرد عليه التقادم ، لاحقاً بند ٥٤٤ ، الهوامش ١ ، ٢ .
(٤) على أن يلاحظ ، أن التقادم المسقط هو نظام قانونى عام ، لا يقتصر نطاقه على الحقوق للشخصية ، وإنما تخضع له أيضاً الحقوق العينية ، فيما عدا حق الملكية ، تلك الحقوق التى تسقط ، هى الأخرى ، بعدم استعمال صاحبها لها ، للمدة المحددة قانوناً . انظر فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاموراندبيرر بند ٣٥٧ .

قيامه بالوفاء فعلاً إذا فقد منذ ذلك الوفاء ، وطالبه الدائن بالدين مرة أخرى بعد مضي المدة التي حددها القانون .

ويضاف إلى الاعتبار السابق ، أن المدين غالباً ما يفي بديونه من دخله ، وعدم إسقاط هذه الديون مهما مضى عليها من زمن ، قد يؤدي - مع إهمال الدائن في المطالبة - إلى تراكم هذه الديون على المدين ، حين أن هذا الأخير في الواقع أولى بالرعاية من ذلك للدائن المهمل .

بل إن إسقاط الالتزام بمضي المدة ، قد يجد أساسه كذلك في اعتبارات الصالح العام . فقد أراد المشرع - بهذا النظام - أن يجنب المحاكم النظر في منازعات قد يصعب الفصل فيها ، بالنظر إلى مضي مدة طويلة على الحقوق محل المطالبة في هذه الدعاوى . كما أنه حرص - من ناحية أخرى - على عدم قلة الأوضاع التي استقرت ، بما يجعل من الضروري قفل باب القضاء أمام الدائن الذي يهمل في اقتضائه حقه مدة طويلة من الزمن ^(١) .

وتتضافر هذه الاعتبارات المختلفة ، لتبرير نظام التقادم المسقط ككل ، وإن كان لاختلاف الأساس الذي يستند إليه نوع من التقادم ، عن الأساس الذي يستند إليه النوع الآخر ، نتائجاً للمهمة على أحكام التقادم في كل فرض ^(٢) ، خاصة حين يتضمن موقف المدين معنى عدم الوفاء بالالتزام ، على ما سيوضح فيما بعد .

(١) وقد رأى فيه جوسران - تبعاً لذلك - وسيلة من وسائل « الأمن القانوني »
« mesure de « Police juridique » ، انظر جوسران بند ٩٧٠ ، ولمزيد من
التفاصيل في الأسس التي يقوم عليها نظام التقادم المسقط راجع جوجلار (دروس مازو)
بند ١١٦٦ ، ١١٦٧ .

(٢) انظر في هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٨ .

تقسيم :

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب : نعرض في أولها لمدد التقادم ،
ونعالج في الثاني كيفية حساب هذه المدد ، لنكسر للثالث لأحكام التقادم .

المطلب الأول

مدد التقادم

القاعدة العامة ، سقوط الالتزام بمضى خمس عشر سنة :

٤٨٨- يتقادم الالتزام - كقاعدة عامة - « بانقضاء خمس عشرة
سنة » م ٣٧٤ مدني ^(١) . وذلك « فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص
خاص في القانون » . وجاء في الأعمال التحضيرية - تعليقاً - على المادة
٣٧٤ - أن المشرع اقتدى - في تحديد مدة الخمس عشرة سنة هذه
بـ « الشريعة الإسلامية » ^(٢) .

الاستثناءات :

٤٨٩- فضلاً عن الحالات الخاصة سابق الإشارة إليها ، والتي سجد
للمناسبة للتعرض لبعضها فيما بعد ، فقد نظم المشرع المدني ، إلى جانب
هذا التقادم العادي ، نوعاً آخر من التقادم الأقصر ، تكون مدته في بعض
الحالات خمس سنوات ، وفي البعض الآخر ثلاث سنوات ، وفي بعض ثلاث
سنة واحدة ، فيما أن مدداً أخرى للتقادم ورد النص عليها في قوانين أخرى
منفردة .

(١) أما في فرنسا ، فالقاعدة العامة في مدد التقادم هي ثلاثون سنة (م ٢٢٦٢
مدني) . ويرى بعض الشراح فيها مدة بالغة الطول لم تعد تتناسب وطبيعة العصر ،
انظر جوجلاتر بند ١١٧٣ ، وقلرن كولان وكابيتان ودي لاموراندبيرر بند ٣٥٩ .
(٢) مشار إليها في معوض عبدالقواب ص ٦٩٨ .

ونحن نقتصر على تفصيل مدد للتقدم الأقصر ، الواردة في القانون المدني ، وذلك على التفصيل التالي :

أولاً - التقدم الخمسى :

٤٩٠- تقدم بخمس سنوات فقط ، الطائفة التالية من الحقوق :

(أ) الحقوق الدورية المتجددة ^(١) م ٣٧٥ :

٤٩١- يعتبر الحق دورياً ، إذا كان يستحق فى مواعيد متتالية ، ويعتبر متجدداً ، إذا كان استيفاء ما يستحق منه فى موعده لا يتنقص من أصله . أو بعبارة أخرى ، إذا كان يستحق بصفة مستمرة ما بقى مصدره المنشئ .

وتظل للحق صفة الدورية ولو كان موعد الاستحقاق الدورى أكثر من سنة ، وذلك خلافاً لما كان يأخذ به المشرع المصرى فى المجموعة المدنية الملغاء . كما أنه لا يلزم لدوريته وتجده ، أن يكون قدره ثابتاً فى كل استحقاق .

والحق الذى يتقدم بخمس سنوات ، لا يكفى فيه توافر إحدى هاتين الصفتين ، وإنما يلزم أن يكون دورياً ومتجدداً فى آن واحد ^(٢) ، وإلا خضع

(١) انظر ، من تطبيقات القضاء المصرى ، نقض ١٩٧٧/١/١٩ المجموعة السنة ٢٨ (العدد ١) رقم ٩١ ص ٤٧٨ . نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة ٢٨ (ع ١) - ١٦١ - ٩٤٨ .

(٢) وجاء فى حكم للنقض ، فيما يتعلق بدين الأجر (سواء أكان مصدره العقد أو القانون) أن « الدورية والتجدد هما صفتان لصيقتان » به « وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظاً لوضعه ولو تجمد بانتهاء المدة المستحقة عنها وأصبح فى الواقع مبلغاً ثابتاً فى الذمة لا بدور ولا يتجدد » نقض ١٩٧٩/٥/٥ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٧٠٩ .

للتقادم العادى . وذلك ، فإن الدينون المقسطة — على سبيل المثال — لا تخضع للتقادم الخمسى برغم دوريتها ، لأنها غير متجددة ، حيث أن الوفاء بقط منها إنما ينتقص من أصل الدين . كذلك يخضع للتقادم العادى ما كان من الدينون متجددا بطبيعته ثم فقد هذه الصفة وتحول إلى مبلغ ثابت (كما لو انتق على إضافة للفائدة إلى رأس المال ، وتحرر بالمجموع سندا واحداً)^(١) .

ومن أمثلة الحقوق الدورية للمتجددة ، ما ورد ذكره — على سبيل المثال لا الحصر — فى المادة ٣٧٥ « كأجرة المبانى^(٢) والأراضى الزراعية

(١) وجاء فى حكم النقض — فيما يتعلق بأثر إجماع الفوائد فى رأس المال ، على مدة التقادم — أن : « للنص على إجماع للفوائد فى رأس المال لا يعدو أن يكون رخصة للدائن ، له أن يعملها دون توقف على إرادة المدين وله أن يتنازل عنها بإرادته المنفردة . كما أن تقرير ثبوت قيام الدائن بإجماع الفوائد أو عدوله عن ذلك هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك من محكمة السنقض متى كان استخلاصه سائغاً » . وقد ربيت على ذلك أنه « إذا كان الحكم للمطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط الفوائد بالتقادم لخمسى ، على أن الدائن قد تنازل عن حقه فى اعتبارها أصلاً (أى أصل دين) استناداً إلى عدم قبلمه بإجماع الفوائد سنة فسخة فى رأس المال ، وإلى مطالبته بها على أساس عدم تجميدها ، وهو استخلاص موضوعى سائغ لا مخالفة فيه للقانون أو نصوص الاتفاق ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو نسخ نصوص الاتفاق » . نقض ١٩٧٢/٣/٣٠ للمجموعة س ٢٣ من ٥٧٧ .

(٢) وجاء فى حكم للنقض أنه : « متى كان منصوفاً فى عقد الإيجار على أن المستأجر يستبقى من الأجرة المستحقة عليه مبلغاً ليندفعه فى الأموال الأميرية المقررة على العين المؤجرة ، فهذا النص لا يخرج المبلغ المستبقى عن طبيعته وهى أنه دين أجرة ، مسبب الائتزام به عقد الإيجار ، وتخصيصه لدفع الأموال الأميرية لا تعد تبديلاً للائتزام ، وإذن فمدة السقوط المقررة له هى خمس سنوات » . نقض ١٩٣٩/١١/٣٠ مشار إليه فى معوض عبداللّوآب ص ٧٠٨ .

ومقابل الحكر ، وكالفوائد ^(١) والإيرادات المرتبطة بالمهايا والأجور ^(٢)

= كما جاء فى حكم آخر أنه : إذا كانت الضرائب العقارية تضاف إلى القيمة الإيجارية التى تدفع فى مواعيد دورية ، فإنها تأخذ حكمها باعتبارها أجرة لا ضريبة ، وكان يتبع الأجرة فى خضوعها للتقادم الخمسى كثافة الالتزامات الملحقه بها والمعتبرة من عناصرها إذا كانت هذه الالتزامات دورية وقابلة للتزايد ومتعاقبة مادام عقد الإيجار قائماً ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وذهب إلى أن المبالغ المطالب بها لا يسرى عليها التقادم الخمسى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون « نقض ١٩٧٧/٤/٦ المجموعة س ٢٨ ص ٩٤٨ ومشار إليه أيضاً فى معوض عبدالوهاب ص ٧٠٨ .

وبالمقابلة ، قضى بأن « الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار التى تسقط المطالبة بها بمضى المدة (الخمسية) . . . هى فقط المتعلقة بالأجرة . وإن قال دعوى التى يقيمها المستأجر على المؤجر بما أوفاه بالثبابة عنه مما هو ملتزم به ، كالأموال الأميرية ، هى من دعاوى الحقوق العادية التى لا تسقط المطالبة بها إلا بمضى المدة الطويلة (١٥ سنة) » نقض ١٩٣٧/١٠/٢٨ مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص ٧٠٨ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٣/٢/١٣ المجموعة س ١٤ ص ٢٣٢ (فى خصوص أرباح الكربونلت) ؛ نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ المجموعة س ٢٦ ص ١٧٢٧ (فى خصوص الفوائد القانونية عن الثمن ، المستحقة للبائع طبقاً للمادة ١/٤٥٨ مدنى) .
(٢) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٩/٥/٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٢) ، رقم ٢٣٤ ص ٢٧٠ . وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر هو حق دورى متجدد يخضع للتقادم الخمسى ، ولا تزول عنه هذه الصفة بتجدد الأجر وصيرورته مبلغاً ثابتاً فى الذمة) .

وانظر أيضاً نقض ١٩٨٠/٣/١ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ١٣٠ ص ٦٦٣ (وقد قضت فيه بأن حق العامل فى الأجر الإضافى وبذل السكن وبذل السفر هو من الحقوق الدورية المتجددة التى تخضع للتقادم الخمسى) .

وانظر كذلك : نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ ، مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص ٧١٠ (فى خصوص فروق الأجور المترتبة على قرارات تسوية حالات عاملين) ؛ نقض ١٩٨٣/٤/٣ مشار إليه فى معوض عبدالوهاب ص ٧١٠ ، ٧١١ (فى خصوص فروق الأجر المترتبة على تمكين العامل فى فئة معينة » . ونقض ١٩٨٣/٣/١٣ مشار إليه =

والمعاشات » .

٤٩٢- ولما كان المشرع - هنا - لم يستلزم لسقوط الدين المتجدد ، أن يحلف المدين اليمين على سداد ، بل بالعكس نص صراحة على سقوطه « ولو أقر به المدين » (م ٣٧٥)^(١) ، فإن أساس التقادم هنا لا يكون قرينة الوفاء ، وإنما هو في الواقع حماية المدين من تراكم الديون الدورية المتجددة عليه ، بما يرهق كاهله^(٢) ، خاصة وأنه يفرض عادة من دخله ، بما يتعين معه تغليب مصلحة هذا المدين على مصلحة الدائن المهمل في اقتضاء حقوقه .

٤٩٣- غير أن المشرع عاد فأخرج من حكم التقادم الخمسى كلا من « الربيع المستحق في ذمة الحائز سئ النية » ، وكذلك « الربيع الواجب على ناظر الوقف أدائه للمستحقين » م ٢/٣٧٥ . حين أخضع سقوطهما للتقادم

= في معوض عبدالوهاب ص ٧١٠ (في خصوص فروق بدل التمثيل المستحق شهرياً) .
أما إذا كان الدائن يطلب لا يمرتّب تأخرت الدولة في أدائه « وإنما بتعويض مقابل الضرر الذي لحقه بسبب قرار إداري مدعى بمخالفته للقانون » فإن الحق محل المطالبة لا يتقادم عندئذ بالتقادم الخمسى وإنما بانقضاء « خمس عشرة سنة » ذلك أن « التعويض يخطف عن المرتب في طبيعته وسبب استحقاقه » نقض ١٩٦٥/٦/٣ للمجموعة ص ١٦ ص ٦٩٠ .
(١) وقد جاء في الأعمال التحضيرية - تعليقاً على هذا الاستطراد بمبارة « ولو أقر به المدين المتلصص عليه في هذه المادة - أن ... للنص ليس معناه أن المحكمة تقضى بالتقادم ولو أقر المدين بالدين إقراراً بطوى على معنى التنازل عن التمسك بالدفع بالتقادم ... بل هو يقرر القاعدة المسلمة المقررة على عدم قيام هذا النوع من التقادم على قرينة الوفاء ، ومؤداها أن إقرار المدين بترتب الدين في ذمته لا يمنعه في الوقت ذاته من أن يتمسك بالتقادم ، ولا يحول دون للقضاء بتقادم الدين على أساس هذا التمسك » . مشار إليها في معوض عبدالوهاب ص ٧٠٦ .

(٢) انظر في هذا المعنى : ستارك بند ٢٤٨٥ .

العادى ، وهو خمس عشرة سنة .

ورغم أن الربيع ، فى كلا هذين الفرضين يمكن أن يعتبر فى ذاته وبطبيعته ، دوريا ومتجددا ، إلا أن الدين به لا يصدق عليه فى الواقع هذا الوصف^(١) . لأن أساس للترام الحائز وناظر الوقف فى الفرضين السابقين إنما هو الفعل غير المشروع ، لأن مستحقى هذه الدين لا يطالبون بها باعتبارها ريعا ، وإنما باعتبارها تعويضا ترتب لهم فى ذمة كل من الحائز أو ناظر الوقف ، لقاء ما أصابهم من ضرر نتيجة ما قبضه أو ما قصر فى قبضه من ثمار ، للحائز من التبة ، أو نتيجة ما استهلكه ناظر الوقف من غلة هذا الوقف بتدعيه أو بتقصيره . غير أن المشرع لم يشأ أن يترك هذه الحقوق تتقادم بثلاث سنوات ، كما هو الحال فى دعوى التعويض عن العمل غير المشروع ، فىكون حظها من مدة السقوط أقل من الحقوق الدورية المتجددة ، حين أن الربيع بطبيعته دورى ومتجدد . ولذلك أخضعها لحكم التقادم العادى وهو خمس عشرة سنة .

إنما يجب أن يلاحظ أنه ، بعد إلغاء الأوقاف الأهلية ، فإن المبالغ التى تصرفها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة فى هذه الأوقاف ، تكون « قد فقدت صفتها باعتبارها استحقاقاً فى الوقف وذلك بمجرد إلغاء تلك الأوقاف » ، وعلى ذلك فإنه إذا « كانت للحكومة قد رأيت تعويض أصحاب تلك المرتبات برصد مبالغ شهرية لهم بقيمة ما كانوا يستحقونه أصلاً فى تلك الأوقاف ، فإن هذه المبالغ التى يجرى صرفها شهرياً تعتبر فى حكم الإيرادات فتتقادم بخمس سنوات » عملاً بالمادة ٢/٣٧٥ « ومن ثم فإن الحق

(١) انظر أيضا نقض ١٩٧٨/٤/١٩ المجموعة لسنة ٢٩ رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١

(٢) وقد قضى فيه بأنه إذا ما كان عقد الإيجار باطلا بطلانا مطلقا ، فإن حق المؤجر فى المطالبة بالربيع يسقط بالتقادم بمضى خمس عشرة سنة) .

فى المطالبة بالفروق المتعلقة بهذه المبالغ يتقدم أيضاً بهذه المدة « (١) .

(ب) حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

٤٩٤- كذلك « نتقدم بخمس سنوات ، حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهنيين والخبراء ووكلاء التقيسة والسماصرة والأساتذة والمعلمين » م ٣٧٦ . على أن يلاحظ ما يأتى :

١- أن تعداد المهن الحرة التى وردت فى هذا النص ، هو تعداد حصر . ومن ثم يخضع للتقدم العادى (وليس الخمسى) حق من لا يستهن أى من هذه المهن : كحق المؤلف قبل الناشر ، وحق الفنان أو المحاسب .

٢- يشترط حتى تخضع هذه الحقوق للتقدم الخمسى أن تكون مستحقة لمن ورد ذكرهم فى هذا النص « جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبوه من مصروفات » م ٣٧٦ .

٣- يبدأ سريان تقدم هذه الحقوق « من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى » م ١/٣٧٩ . فطبيب العائلة - على سبيل المثال - حين يكون أجره محدداً على أساس كل عملية على حدة ، فإن حقه - إذا استمر يكرر زيارته لمريض واحد فى خصوص مريض واحد - لا يعتبر قائماً إلا من آخر زيارة . ومن ثم لا يبدأ سريان تقدمه إلا منذ هذا الوقت الذى أتم فيه تقدمته . أما إذا كان يعود أكثر من مريض ، فإنه ينظر إلى كل عملية على حدة ، فتمت أنتهى منها ، اعتبر حقه قائماً ، ويبدأ سريان التقدم فى خصوصه ، ولو كان لا يزال يعود مريضاً آخر .

(١) نقض ١٩٦٤/٥/٢٨ المجموعة م ١٥ ص ٧٤٢ .

٤- أن من المسلم به - بالرغم من أن المشرع لم يقتض لإمكان التمسك بالتقدم . أن يحلف للمدين يميناً على تأدية الدين - أن أساس التقدم في هذه الحالة هو قرينة الوفاء . لأن الغالب ألا يتراخى أصحاب هذه المهن في اقتضاء حقوقهم عنها لأكثر من خمس سنوات . فضلاً عن أن العادة لم تجر على أن يستكتب المدينون فيها الدائنين مخالصات تثبت سدادها لأن الدائنين بها لم تجر عادتهم بدورهم على تحرير السندات المثبتة لحقهم فيها . ومتى كان ذلك ، فإذا تضمن موقف المدين ما يتنافى وهذه القرينة ، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بالتقدم (كما لو بدأ أولاً بإنكار الدين من أساسه) .

٥- أنه « إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقدم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » م ٢/٣٧٩ . ويجد هذا النص تبريره ، في أن للمدين - في مثل هذا الفرض - لو كان قد أوفى حقيقة لكان قد اهتم بأن يأخذ من الدائن مخالصة الوفاء . مادام أن هذا الأخير قد سبق إلى لقتضاء سند مثبت لحقه في مواجهة المدين .

(ج -) الضرائب والرسوم :

٤٩٥- كان دين الضرائب والرسوم للمستحقة للدولة يخضع - في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ مدني - لمدة تقام ثلاثية . كما كان يخضع للتقدم الثلاثي أيضاً ، وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة « للحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق » .

وقد استتركت الفقرة الثالثة من نفس المادة على الأحكام السابقة بقولها أنها « لا تخل ... بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة » (١) .

(١) انظر - تبعاً لذلك - ما قضت به محكمة النقض من أن تقدم الحق في =

٤٩٦-— وفضلاً عن هذا الاستدراك العام فإن نص الفقرة (١) من المادة ٣٣٧ - في خصوص « الضرائب والرسوم المستحقة للدولة » قد عدل ، فيما بعد ، بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ وأصبحت مدة تقادم هذه وتلك هي خمس سنوات ^(١) ^(٢) ، سواء كانت هذه الضرائب أو الرسوم ، دورية (كعوائد الأملاك ، أو الضرائب العقارية على الأراضي الزراعية) ^(٣) أو غير دورية (كضرائب التركات ، ورسم الأبلولة قبل إلغائه) ^(٤) أما للحق في استرداد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، فقد بقيت للقاعدة العامة بشأنه هي قاعدة التقادم الثلاثي ^(٥) ^(٦) .

= استرداد صاحب الشأن رسوم الشهر العقارى ، إنما يبدأ فى السريان من تاريخ استحالة إجراء الشهر . نقض ١٩٧٨/٢/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ١٠٧ ص ٥٤٥ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة السنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ ص ٢٢٧ ، نقض ١٩٧٩/١/١٠ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٩ ص ١٥٢ ، نقض ١٩٧٧/٣/١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ١٠٨ ص ٥٨٦ .
(٢) وقد زينت هذه المدة إلى ست سنوات بمقتضى المادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ « إذا كان الممول متبرئاً من أداء للضريبة » .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣٢ ص ١٧٢٦ .

(٤) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٣ ص ١٣٨ (وقد قضت فيه بأن الوفاة هي الواقعة المنقضية لرسم الأبلولة وضريبة التركات ، ومن ثم تكون الوفاة هي مبدأ سريان التقادم الخمسى) .

(٥) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

(٦) ومن بين الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة ، ما يقضى به القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٤ فى شأن مستحقات هيئة التأمينات قبل أو باب الأعمال ، من اشتراكات عن عمالهم ، حيث يسقط حقهم فى استرداد ما يدفعونه من اشتراكات زائداً عما يلتزمون به قانوناً ، بانقضاء سنتين من تاريخ النفع . انظر فى تطبيق لذلك : نقض ١٩٨٠/٥/٢٧ المجموعة السنة ٣١ (عدد ٢) رقم ٢٨٧ ص ١٥٢٧ .

٤٩٧- وفى تقديرنا ، أن هذا الوضع ، كان منتقداً . فلم يكن من مبرر مقبول لأن يفرق المشرع فى المعاملة ، فيما يتعلق بمدة التقادم ، بين دين الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، وحق الممول فى المطالبة برد ما دفعه للدولة من ضريبة أو رسم بغير حق ، فيطيل المدة بالنسبة للأولى ، فيما يبقيها ، على حالها ، بالنسبة للثانية .

٤٩٨- وإلى هذا ، فقد كان وجه تفرقة فى المعاملة ، آخر ، لا يقل ، فى تقديرنا ، انتقاداً ، كان يتعلق بمبدأ سريان التقادم : فقد كانت المادة ٣٣٧ تجعل مبدأ « سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية (المستحقة للدولة) من نهاية السنة التى تستحق عنها ^(١) ، وفى الرسوم المستحقة على الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق » ^(٢) . بينما كانت تجعل مبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق « من يوم دفعها » وهو ما قررت - فى شأنه - محكمة النقض ، أنه (أى هذا التقادم) « يبدأ فى السريان من يوم هذا النفع ، دون توقف على علم الطالب بحقه فى الرد » ^(٣) . وقد بقيت هذه التفرقة قائمة مع صدور القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ .

٤٩٩- ثم ما لبس المشرع - وحسناً فعل - أن عالج هذا الازدواج المعيب ، فى كل من وجهيه السابقين ، وذلك بقانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ . فجعل - فى المادة ٩١ منه « للممول طلب استرداد

(١) لنظر نقض ١٩٧٨/١١/٢١ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٧٢٦ .

(٢) أو « من تاريخ تحريرها إذا لم يحصل مرافعة » .

(٣) نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ المجموعة السنة ٢٨ عدد ١ رقم ٢٦٤ ص ١٥١٩ .

المبالغ المسندة بالزيادة ، تحت حساب الضريبة ، خلال خمس سنوات » ، وجعل مبدأ سريان هذا التقادم « من تاريخ نشوء حق الممول في الاسترداد » . كما جعل مبدأ سريان تقادم دين الضريبة (المستحق للدولة) « من تاريخ انتهاء المدة المحددة قانوناً لتقديم الإقرار عن الفترة الضريبية » (١) .

وفي خطوة أكثر حضارية ، نص (لمصلحة الممول) ، في المادة ١١٢ من نفس القانون على أنه : « إذا تبين للمصلحة (مصلحة الضرائب) أحقية الممول في استرداد كل أو بعض الضرائب أو غيرها من المبالغ التي أدبت بغير وجه حق ، التزمت برد هذه الضرائب والمبالغ خلال خمسة وأربعين يوماً من تاريخ طلب الممول الاسترداد وإلا استحق عليها مقابل تأخير على أساس سعر الائتمان والخصم المعان من البنك المركزي في الأول من يناير السابق على تاريخ استحقاق الضريبة مخصوماً منه ٢% » . كما نص في المادة ١١٣ على أن : « تقع المقاصة بقوة للقانون بين ما أداه الممول بالزيادة في أي ضريبة يفرضها هذا القانون وبين ما يكون مستحقاً

(١) وهذه المدة هي - في المادة ٨٣ من هذا القانون . . (١) « قبل أول إبريل من كل سنة تالية لانتهاء الفترة للضريبة عن السنة السابقة لها بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين . (ب) : قبل أول مايو من كل سنة أو خلال أربعة أشهر تالية لتاريخ انتهاء السنة المالية بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية » . وقبل صدور هذا القانون ، حيث كان مبدأ سريان تقادم دين الضريبة يخضع للتواعد العامة ، كان يجري قضاء النقص على أن « مدة سقوط الحق في المطالبة بدين الضريبة إنما تبدأ - طبقاً للتواعد العامة - من اللحظة التي تتولد فيها الواقعة المنشئة للضريبة ، وهذه الواقعة هي تولد الإيراد الخاضع لها (أي الضريبة) » . انظر نقض ١٩٦٨/١٠/١٩ المجموعة ص ١٩ ص ٢٤ (حيث كان الأمر يتعلق بضريبة على إيرادات القيم المنقولة متمثلة في توزيع أسهم مجانية على مساهمين في شركة طبقاً لقرار جمعيتها العمومية) .

- وواجب الأداء بموجب أى قانون ضريبي تطبقه المصلحة .

حقوق أخرى :

٥٠٠- وإلى ما نضم ، فإن ثمة حقوق أخرى تخضع للتقادم الخمسى
ورد النص عليها فى مواضع متفرقة من قوانين خاصة .

منها :

- الالتزام المصرفى :

فلئن كان « الأصل فى الالتزام ، مدينياً كان أم تجارياً ، أن يتقادم
بانقضاء خمس عشرة سنة وفقاً لنص المادة ٣٧٤ من القانون المبنى ، إلا أن
المشرع التجارى خرج على هذا الأصل وقرر تقادماً قصيراً مدينته خمس
سنوات بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية » (١) (مادة ١٩٤ من

(١) نقض ١٩٧٨/٣/٢٣ مشار إليه فى معوض عبدالنوبل ص ٧٠٤ ، ٧٠٥ وفيه
أشارت المحكمة إلى أن هذا التقادم يستند على قرينة الوفاء « إذ قدر المشرع أن سكوت
حامل الورقة التجارية عن المطالبة بحقه مدة خمس سنوات يفترض معه أنه استوفى
حقه » وانظر أيضاً نقض ١٩٦٩/٤/٢٤ المجموعة ص ٢٠ من ٦٨٥ وفيه استطردت
المحكمة قائلة أنه « يشترط لقيام هذه القرينة ألا يصدر من المدين ما يستخلص منه أن
ذمته لا تزال مشغولة بالدين ، كأن يعترف صراحة أو ضمناً بأنه لم يسبق له الوفاء
بالدين . وتمسك المدين ببطلان للتلزمه لعدم مشروعية سببه يتضمن إقراراً منه بعدم وفائه
بهذا الدين ومن ثم فإنه لا يجوز له بعد إيداء هذا الدفاع أن يدفع بسقوط حق الدائن فى
المطالبة بالتقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة » . ونظر
أيضاً نقض ١٩٧٦/٤/٥ المجموعة ص ٢٧ من ٨٥٦ وقد جاء فيه أن : « إنشاء الورقة
التجارية كإداة للوفاء بالتزام سابق وإن كان يترتب عليه نشوء التزام جديد هو الالتزام
الصرفى إلى جوار الالتزام الأصلى بحيث يكون للدائن الخيار فى الرجوع على المدين
بدعوى الصرف أو بدعوى الدين الأصلى ، إلا أنه متى سلك فى المطالبة سبيل دعوى =

قانون التجارة) .

- الدعاوى المتعلقة بأمور الوصاية أو القوامة :

ويقصد بها ما يكون للقاصر أو المحجور عليه من الدعاوى الشخصية الناشئة عن أمور الوصاية ، والقوامة بعد انتهائها .

فقد كانت المادة ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ تنص على أن : « كل دعوى للقاصر على وصيه ، أو للمحجور عليه على قيمه ، تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تمسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة » . ويتدرج فى هذه الدعاوى ، كذلك ، « دعاوى طلب الحاسب الناشئة عن الحساب الذى يكون الوصى أو القيم قد قدمه إلى المحكمة الحسبية » ^(١) إلى غير ذلك من الأمثلة .

ثانياً : التقادم الثلاثى :

٥٠١- نخضع لهذا النوع من التقادم بعض حقوق ورد النص عليها

فى مواضع متفرقة من القانون المدنى ، نجد المناسبة هنا للإشارة إلى بعض منها :

فمن ذلك : ما تنص به المادة ١٧٢ من مرسوم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه

= الصرف فإنه يكون خاضعاً لجميع الأحكام والقواعد التى تحكم هذه الدعوى وحدها بغض النظر عن القواعد التى تحكم الالتزام الأسمى وذلك لاستقلال كل من الالتزامين وتفرذ الالتزام الصرفى بأحكامه الخاصة ومن بينها تقادم الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات على خلاف للقواعد العامة » .

(١) راجع من تطبيقات القضاء : نقض ١٤/٤/١٩٦٦ المجموعة ص ١٧ ص ٨٥٢ .

المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه «^(١)»، وذلك بحد أقصى - في كل الأحوال - خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع .

ومنه أيضاً ما نص عليه المشرع في المادة ١٨٠ من سقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض ، وتسقط للدعوى ، كذلك ، في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » وما نص عليه في المادة ١٨٧ من سقوط « دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط للدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » . وما نص عليه في المادة ١٩٧ من سقوط « الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٥/٢٣ للمجموعة لسنة ٢٩ رقم ٢٥٥ ص ١٣٠٦ . وقد جاء فيه أن العلم الظني الذي لا يحيط به المضرور بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه ، لا يبدأ منه سريان للتقادم للتأني لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع) .

(٢) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٨٣/٥/١٩ مشار إليه في معوض عبدالنواب ص ٧٤٤ ، ٧٤٥ (في خصوص تقادم تعويض موروث) ونقض ١٩٦٩/١٠/١٠ للمجموعة ص ٢٠ ص ١٩٩ (في خصوص سقوط دعوى التعويض المرفوعة على التابع) . وقد رُتبت للمحكمة على سقوط حق المضرور في الرجوع على التابع ، بالتقادم ، أنه « إذا تبين عند الفصل في الدعوى التي رفعها المضرور على المتبوع واختصم هذا فيها تابعه ، أن حق المضرور قبل التابع قد سقط بالتقادم ، وتمسك التابع بهذا التقادم ، فإنه لا يجوز أن يحكم عليه بشيء المتبوع ، لأنه لا جدوى من حكم لا يمكن تنفيذه » ، مادام أن « حق المتبوع في الرجوع على تابعه » مشروط بـ « ألا يكون التعويض الذي يوفى به قد سقط بالتقادم بالنسبة للتابع » .

يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق » .

ومنه أيضاً ما نص عليه في المادة ١٤٠ من سقوط « الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التكليس ، من اليوم الذي ينكشف فيه ، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، وفي كل حال لا يجوز للتمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

ومنه أيضاً ما نص عليه في المادة ٢٤٣ من سقوط « دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشر سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه » .

ومنه أيضاً ما نص عليه في المادة ٤٢٦ من سقوط « دعوى نكالة الثمن بسبب الغبن ^(١) إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع » .

ومنه أيضاً ما نص عليه في المادة ٦٥٤ (في خصوص الضمان العشري الذي يلتزم به المهندس المعماري والمقاول متضامنين لمصلحة رب العمل) ^(٢) من سقوط دعوى هذا الضمان « بانقضاء ثلاث سنوات من وقت

(١) في بيع عقار غير كامل الأهلية .

(٢) راجع في الضمان العشري ، هذا ، محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشأة الثابتة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، طبعة ١٩٨٥ للصفحات من ١٩٠ إلى ٣٨١ البنود من ١٦٥ إلى ٣٦٢ (نال هذا المؤلف جائزة الدولة للتشجيع في القانون المدني) .

حصول التهمد أو لتكشاف العيب « فى المبنى أو المنشأة محل الضمان .
إلى غير ذلك من الأمثلة .

تابع : التقادم الثلاثى :

تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين :

٥٠٢- لأهمية هذا التطبيق من تطبيقات التقادم الثلاثى ، وخصوصية
بعض أحكامه ، نورد له هذا الموضوع من الدراسة :

٥٠٣- تنص المادة ٧٥٢ من اللتقين المبنى (١) على ما بأتى :

« ١- تسقط بالتقادم للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاثة
سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى » .

« ٢- ومع ذلك لا تسرى هذه المدة : (أ) فى حالة إخفاء بيانات
متعلقة بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن
هذا الخطر ، إلا من اليوم الذى علم فيه المؤمن بذلك . (ب) فى حالة وقوع
الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذى علم فيه ذوو الشأن بوقوعه » (٢) .

٥٠٤- والنص - كما يظهر - يقيم تقاضاً خاصاً ، منه ثلاث

(١) وهذا النص خاص بالتأمين لبرى . أما التأمين البحرى فإن التقادم فيه يخضع
لأحكام خاصة .

(٢) ويقابل هذا النص فى فرنسا ، المادة ٢٥ من قانون التأمين (١٩٣٠) ، وإن
كانت مدة التقادم فيها سنتين . راجع فى مبررات هذا التقادم القصير والتطور التاريخى
الذى أدى إليه :

PICARD (M) et BESSON (A) : Les assurances terrestres en droit
Français To : 1 3^{ed} 1970 p . 241 No : 149; LAMBERT - FAIVRE (Y) : Des
assurances 1973 p . 111 No : 66; DE L'ISLE (G . B) : Droit des assurances .
1973 p . 118 .

سنوات ، للدعوى التى يعتيها ، وهى الدعوى التى تعتبر ناشئة مباشرة عن عقد التأمين نفسه . أما الدعوى التى لا تعتبر كذلك فإنه لا يسرى عليها هذا النص وبالتالي فإنها تظل خاضعة لنوع التقادم الخاص بكل منها .

ولكون هذا التقادم مقررأ بنص خاص فإنه هو الذى يسرى على الدعوى التى ينتظمها ، حتى ولو كان الحق محل المطالبة بتلك الدعوى مما يخضع - فى النظرية العامة له - لمدة تقادم مختلفة ، كما هو الحال مثلاً فى دعوى المطالبة بالقسط . فهذه الدعوى ، لكونها من الدعوى الناشئة عن عقد التأمين (كما سيجئ) ينتظمها نص المادة ٧٥٢ ومن ثم تتقادم بثلاث سنوات مع أن دين القسط - محل المطالبة بها - هو من الديون الدورية المتجددة التى تتقادم - فى النظرية العامة لها - بخمس سنوات طبقاً للمادة ٣٧٥/ منتى (١) .

* * *

وعلى ما تقدم :

٥٠٥- تخضع للتقادم الثلاثى للمقرر بالمادة / ٧٥٢ :

دعوى المؤمن : المتمثلة فى : دعوى المطالبة بالأقساط (٢)، ودعوى بطلان أو إبطال عقد التأمين ، ودعوى فسخ عقد التأمين أياً كان سبب الفسخ ، ودعوى رجوع المؤمن على المستأمن ساقط الضمان (٣) بما دفعه المؤمن من تعويض للمضرور (٤) .

(١) فى هذا المعنى أيضاً : بيكار وبيسون من ٢٤١ بند ١٤٩ ، السنهورى ، الوسيط ، ج ٧ ، مجلد ٢ (عقود الغرر وعقد التأمين) ١٩٦٤ ص ١٧٢١ بند ٦٧٣ .

(٢) انظر الملاحظة المنوه عنها ، سابقاً ، بند ٤٦٩ .

Déchu de la garantie .

(٣)

(٤) انظر : بيكار وبيسون ص ٢٤٣ بند ١٥٠ ، لامبير - فينر ص ١١٢ =

ودعاوى المستأمن (أو المستفيد) : المتمثلة فى : دعوى المطالبة بمبلغ (أو بعض) للتأمين عند تحقق للخطر المؤمن منه ، ودعاوى البطلان أو الإبطال أو الفسخ ، ودعوى المسؤولية التى يرفعها على المؤمن إذا أساء هذا تنفيذ ما فوضه فيه المستأمن من إدارة دعوى المسؤولية المرفوعة عليه من المضرور .

٥٠٦- وبالمقابلة : لا تخضع للتقادم المنصوص عليه بالمادة ٧٥٢ وإنما للتقادم الخاص بكل منها ^(١) ، الدعاوى التالية :

١- دعوى المسؤولية التى يرفعها المضرور على المسئول ، إذا كان هذا الأخير قد أمن نفسه من هذه للمسئولية ^(٢) .

٢- الدعاوى المباشرة التى يرفعها المضرور على المؤمن ، فى حالة التأمين من المسؤولية ^(٣) .

٣- دعوى المستأمن ضد المسئول عن تحقق للخطر المؤمن منه :

= بند ٦٧ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ٢/٧ ، ١٧/٤/١٩٥٦ (ر.ج.أ.ت. ١٩٥٦-١٩١) ؛ بواتيه ١٨/١٢/١٩٦٢ (نفس الدورية ١٩٦٣-٣٦) .

(١) لكونها لا تعتبر من الدعاوى الناشئة مباشرة من عقد التأمين .

(٢) انظر : بيكار وبيسون ص ٢٤٣ بند ١٥٠ ؛ لامبير - فيفر ص ١١٢ بند ٦٧ ؛ والسنهورى ص ١٧١٩ بند ٦٧١ ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : محكمة سانت إتيين التجارية فى ١/٦/١٩٤٨ (ر.ج.أ.ت. ١٩٤٩-٢٣٠) .

(٣) انظر : بيكار وبيسون ، الموضع السابق ، دى ليمبل ص ١١٨ ؛ لامبير - فيفر ، الموضع السابق ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ٢٨/٣/١٩٣٩ (ر.ج.أ.ت. ١٩٣٩-٢٨٦) ؛ نقض ١٦/٣/١٩٤١ (نفس الدورية ١٩٤١-٣٠١) . وانظر فى تأسيس هذا الحل : بيكار وبيسون ، السابق لامبير - فيفر ص ١١٣ ، ١١٢ بند ٦٧ ص ٢٦٣ بند ١٩٢ .

كدعواه ضد من تسبب في الحريق (في حالة التأمين من الحريق) ، أو دعواه ضد السارق (في حالة التأمين من السرقة) (١) .

٤- دعوى الحلول ، عندما يحل المؤمن محل المستأمن في الرجوع على المسئول عن الحادث المؤمن منه (٢) .

٥- دعوى الدائن المرتبه أو الدائن صاحب حق الامتياز بما له من حق على مبلغ التأمين ، لأن هذه الدعاوى تستند إلى القانون لا إلى عقد التأمين (٣) .

٦- دعوى مسمار التأمين للمطالبة بسممرته ، لأن هذه الدعوى تنشأ من عقد السمرة لا من عقد التأمين (٤) .

٧- دعاوى المؤمنين ضد مندوبيهم العموميين ، أو العكس (٥) .

٥٠٧- وطبقاً لصريح المادة / ٧٥٢ تمرى مدة ثلاث السنوات « من

(١) انظر : السنهوري ص ١٧٢٠ بند ٦٧٣ ، البدرأوى (١٩٦٨) بند ٢٦٩ ص ٣٨٣ .

(٢) انظر بيكار وبيسون ص ٢٤٣ بند ١٥٠ ؛ دي ليسل ص ١١٨ ، ١١٩ ؛ لامبير - فيفر ص ١١٣ بند ٦٧ ، وبند ١٦٧ ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : حكم مجلس النولة في ١٧/١١/١٩٣٣ (ر.ج.أ.ت. ١٩٣٤-٧٤) ؛ نقض ١٩٦١/٥/٢٦ (نفس الدورية ١٩٦٢-٤٤) .

(٣) انظر : السنهوري ص ١٧٢٠ بند ٦٧٣ ، عبدالمعزم البدرأوى العقود المسماة (الإيجار والتأمين) (١٩٦٨) بند ٢٦٨ ص ٣٨٣ .

(٤) السنهوري ، للموضع السابق .

(٥) بيكار وبيسون ص ٢٤٢ هلمش/١٠ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي : نقض ١٩٦٨/١٢/٤ (ر.ج.أ.ت. ١٩٦٩-١٨٠) .

وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى . ومن ثم :

فدعوى المطالبة بالقسط يسرى تقادمها بدءاً من وقت حلول أجل القسط ، ودعوى الفسخ (أو الإنهاء) أو السقوط ، بدءاً من وقت حدوث الواقعة منشأ أى منها ، ودعوى المطالبة بعوض التأمين (فى التأمين من المسؤولية) بدءاً من وقت مطالبة المضرور للمستأن ودياً أو قضائياً بعد وقوع الحادث المؤمن منه ^(١) ، ودعوى رجوع المؤمن (فى ذات النوع من التأمين) - بما دفعه من تعويض للمضرور - على المستأن ساقط (déchu) الحق فى الضمان ^(٢) ، بدءاً من وقت الدفع ^(٣) ... وهكذا .

٥٠٨- غير أن هناك حالتين يتأخر فيهما مبدأ سريان التقادم عن وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى ، وهما :

أولاً : حالة « إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه أو تقديم بيانات

(١) وعلى ذلك فإنه : إذا كلل المضرور قد ادعى مندياً - قبل المستأن (مرتكب الحادث) - بتعويض مؤقت ، فى محضر تحقيق النيابة فى اللجنة المحررة بشأن الحادث ؛ وجب لاحتساب مدة التقادم المسقط (لدعوى المستأن قبل المؤمن) اعتبار من هذا التاريخ (أى تاريخ تحرير المحضر) وليس من تاريخ رفع المضرور دعوى التعويض النهائى أمام القضاء المدني ، وذلك تأسيساً على أن هذه المطالبة (فى المحضر) هى الواقعة المنشئة لدعوى المستأن قبل المؤمن . انظر فى هذا المعنى : نقض مصرى ١٥/٥/١٩٧٩ (مجموعة أحكام للنقض ، السنة ٣٠ عند ٢ ص ٣٥٧) وفيه نقضت حكم الاستئناف الذى كان قد خالف هذا النظر وجعل مبدأ سريان التقادم من تاريخ رفع المضرور دعوى التعويض النهائى أمام القضاء المدني .

(٢) إزاء كون المؤمن لا يستطيع الاحتجاج بهذا السقوط على المضرور .

(٣) فى هذا المعنى : بيكار وبيسون ص ٢٤٣ بند ١٥١ ، ومن أحكام القضاء الفرنسى : نقض ٧/٢ ، ١٧/٤/١٩٥٦ (ر.ج.أ.ت ١٩٥٦-١٩١١) ؛ ليون ٢٥/٣/١٩٦٩ (نفس الدورية ١٩٦٩-٥١١) .

غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر » (م/٧٥٢-٢) :

فدعوى البطلان أو الإبطال أو زيادة القسط (حسب الأحوال) التي تنشأ للمؤمن في هذه الحالة ، لا تسقط أى منها إلا من يوم علم المؤمن بالإخفاء أو بعدم صحة البيانات أو بعدم دقتها ، وليس من وقت إخفاء البيانات أو تقديم البيانات غير الصحيحة أو غير الدقيقة ^(١) .

ويقع على المؤمن الذى يتمسك بهذا الاستثناء (ومن ثم بإرجاء بدء سريان التقادم) عبء إثبات أنه لم يكن يعلم بالواقعة التي تولدت عنها للدعوى ^(٢) . كما أن عليه أن يثبت أيضاً للوقت الذى علم فيه بهذه الواقعة ، حتى يبدأ سريان التقادم من هذا الوقت ^(٣) .

ثانياً : حالة وقوع الحادث المؤمن منه ^(٤) :

فدعوى ذى الشأن (مستأجناً كان هذا أم مستفيداً) ^(٥) ، بالمطالبة بمبلغ التأمين ، لا يبدأ تقادمها فى السريان إلا من اليوم الذى علم فيه ذو الشأن بوقوع ذلك الحادث وليس من وقت وقوع الحادث نفسه ^(٦) .

(١) لمزيد من التفاصيل فى هذه الحالة (الاستثنائية) ، انظر : محمد شكرى سرور ، شرح أحكام عقد التأمين ٢٠٠٧-٢٠٠٨ ، الصفحات من ٣٦ ، ٤٣٧ ، بلد ٤٨١ والفقه والقضاء الفرنسيين المشار إليهما فيه .

(٢) ، (٣) انظر بيكار وبيسون الموضع السابق ، دى ليسل ص ١٢٠ ؛ السلهورى ص ١٧٢٤ بند ٦٧٥ ؛ البدرلوى (١٩٦٨) بند ٢٦٩ ص ٣٨٤ .

(٤) وعلى نفس الاستثناء ، المادة ٢٥-٢ من قانون التأمين الفرنسى .

(٥) انظر : بيكار وبيسون الموضع السابق ، دى ليسل ، الموضع السابق ؛ ومن تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض (اجتماعى) ١٩٤٢/١١/٦ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٣-٢١) ؛ نقض ١٩٤٤/٣/٢٨ (نفس للدورية ١٩٤٤-١٥١) .

(٦) أما دعوى المضرور ، المباشرة ، ضد المؤمن ، فإن تقادمها يبدأ فى =

وهنا أيضاً ، يقع على عاتق من يطلب بمبلغ التأمين عبء إثبات أنه كان لا يعلم بوقوع الحادث ، وكذلك عبء إثبات وقت علمه بوقوعه (١) .
وتقدير عدم العلم هذا (أو الجهل) يدخل فى إطار السلطة التقديرية لقاضى الموضوع (٢) .

وإذا حدث أن كان المستفيد يعلم بموت المؤمن على حياته ولكنه كان يجهل وجود تأمين لصالحه أصلاً ، فإن التقادم لا يسرى إلا بدءاً من وقت علمه بهذا التأمين (٣) .

= السريان من وقت وقوع الفعل الذى سبب الضرر له « لأن المضرور يستند حقه المباشر ، بموجب النص القانونى ، من نفس العمل غير المشروع الذى أنشأ حقه قبل المستأمن » . فهى - من هذا - تختلف عن دعوى ذى الشأن (مستأماً أم مستفيداً) ضد المؤمن بالمطالبة بمبلغ التأمين عند وقوع الكارثة ، إذ يسرى تقادمها بدءاً من اليوم الذى علم فيه ذو الشأن بوقوع الكارثة ، بحسبها دعوى ناشئة من عقد التأمين . كما تختلف عن دعوى المستأمن (الذى آمن على مسؤوليته) ضد المؤمن بسبب مطالبة المضرور للمستأمن بالتعويض ، فتقدمها يبدأ فى السريان من وقت مطالبة المضرور للمستأمن بالتعويض مطالبة قضائية أو ودية . انظر نقض مصرى ١٩٦٩/٣/٢٧ (مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٠ رقم ٨١ ص ٥٠٠) .

(١) فى هذا المعنى : السهوى ص ١٧٢٥ بند ٦٧٥ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسى : نقض ١٩٤٢/١١/٦ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٣-٢١) ، نقض ١٩٥٣/١١/١٧ (نفس النورية ١٩٥٤-٢٠٩) ، نقض ١٩٦٨/٦/٢٦ (١٩٦٨-٤٩١) ، نقض ١٩٦٩/١/٧ (١٩٦٩-٣٥٥) ، نقض ١٩٦٩/٧/٧ (ج.ك.ب ١٩٦٩-٤-٢٢٩) ، محكمة شاتودين ١٩٣٩/٣/١٥ (ر.ج.أ.ت ١٩٤٠-١٧٣) .
(٢) نقض فرنسى ١٩٦٩/١/٧ سابق الإشارة إليه .

(٣) انظر : بيكار وبيسون ص ٢٤٦ بند ١٥٣ ، وهما يبرران هذا الحل بالقول بأنه ، طالما أن الكارثة هى « تحقق خطر منصوب عليه بالعقد تحققاً من شأنه أن يعمل ضمان المؤمن » فإن : =

وفى التأمين من الإصابات ، يسرى التقادم من وقت علم المستأمن بأن الإصابة التى حدثت - وإن كانت قد بدأت « بسيطة » بحيث لا تدخل فى نطاق التأمين - قد تطورت بعد ذلك بحيث أنها تدخل فى هذا النطاق .
وبالمثل ، فى حالة السرقة ، يسرى التقادم من يوم علم المستأمن بواقعة السرقة التى كان ضحيتها وليس فقط من اليوم الذى حكم على المارق فيه بالإدانة (١) .

ثالثاً : التقادم الحولى

٥٠٩- ويتقادم بسنة واحدة ، وفقاً للمادة ٣٧٨ للطوائف التالية من

الحقوق :

(أ) حقوق للتجار والصناع ، بشرط أن تكون ناشئة عملاً ورتبه
« لأشخاص لا يتجرؤون فى هذه الأشياء » . وينتهى أن كل صفقة توريد
تعتبر مستقلة عن الأخرى ، ويسرى التقادم بشأنها من وقت إتمامها ، طبقاً
للعرف المتبع ، ولو استمر للتاجر أو للصانع يتم توريدات أخرى .

وكذلك أيضاً ، « حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة
وئمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » . وتحسب كل إقامة مستقلة

= «Seule la connaissance du contrat permet de penser que le fait envisagé est de nature à entraîner la garantie de l'assureur»

وانظر أيضاً : لامبير-فيغر ص ١١٤ بند ٦٨ ، ومن تطبيقات القضاء الفرنسى :

نقض (اجتماعي) ١٩٤٢/١١/٦ سابق الإشارة إليه ؛ بليس ١٩٦٩/١٠/٢٨ (ج.ك.ت.
١٩٧٠-٢-١٦٣١٨ وتعليق BIGOT) ؛ وفى مصر : للسهرى تكملة هامش ٥ من
ص ١٧٢٤ فى ص ١٧٢٥ .

(١) فى هذا المعنى : بيكار وبيسون بلد ١٥٣ ؛ وعكس ذلك : نقض فرنسى

١٩٦٢/٧/١٧ (ر. ج. أ. ت. ١٩٦٣-١٩٦٣) .

عن سابقاتها ولو كان النزول يعتد الإقامة في فندق معين .

(ب) « حقوق العمال والخدم والأجراء ، من أجور ^(١) يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

٥١٠- وهذا النوع من التقادم الحولى ، يستند فى تصور المشرع نفسه إلى قرينة الوفاء ؛ إذ لا يعقل أن الدائن بأمثال هذه الحقوق ، خاصة إذا كان عاملاً أو خادماً أو أجيراً ، يسكت عن اقتضاء حقه لمدة أكثر من سنة .

(١) انظر - مع ذلك - حكم نقض ١٩٧٧/٢/١٩ المجموعة من ٢٨ ص ٤٧٨ وقد جاء فيه أنه : « لما كان التعبير بكلمتى (المهاي والأجور) فى نص المادة ٣٧٥ ... قد ورد بصيغة عامة بحيث يشمل أجور جميع العاملين سواء كانوا من العمال أو من الموظفين والمستخدمين ، فيكون قصره على أجور الأخيرين تخصيصاً لعموم النص بغير مخصص وهو مالا يصح . ومؤدى ما تقدم أن أجور العمال تخضع لكل من التقادم الخمسى والتقادم الحولى للمصوص عليهما فى المادتين ٣٧٥ ، ٣٧٨ . لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضدهم - ورثة رب العمل - تمسكوا أصلياً بالتقادم الخمسى واحتياطياً بالتقادم الحولى فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتقادم الأول لانتباطه على واقعة الدعوى ، لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون » .

وكانت المحكمة قد مهدت لقضائها هذا بقولها أن « التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ . . . لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يرجع فى أساسه إلى تجنب المدين عبء الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطابقة مدة تزيد على خمس سنوات ولذلك جعل له أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد إقراره بوجود المدين فى نمته ، بينما يقوم للتقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ ... على قرينة الوفاء وهى مظنة رأى المشرع توثيقها بيمين يؤيدها المدين أو ورثته . ويبين من ذلك أن هذين النوعين من التقادم يختلف كل منهما عن الآخر فى أحكامه ومبناه » .

وانظر أيضاً ، فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ المجموعة من ٢٥ ص ٩٣٥ .

وقد رتب المشرع على هذه القرينة النتائج التالية :

١- أنه - تماماً كما هو الحال في تقادم حقوق بعض ذوى المهن الحرة خمسياً ، ولنفس العلة - « إذا حرر مند بحق من هذه الحقوق ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشر سنة » م ٢/٣٧٩ .

٢- أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً . وهذه اليمين ^(١) يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » م ٢/٣٧٨ .

وينفزع على تأسيس هذا للتقادم على قرينة الوفاء ، أنه إذا تعارض موقف المدين مع هذه القرينة ، فإنه لا يجوز له التمسك بالتقادم الحولى . كما لو بدأ - على سبيل المثال - بإنكار نشوء الدين أصلاً .

(جـ) حقوق أخرى :

وإلى ما تقدم ، فقد نص المشرع على تقادم حولى فى مواضع أخرى متفرقة ، لا يتسع للمقام لشرحها ^(٢) .

(١) ويقال لها « يمين الاستيثاق » .

(٢) منها : - ما ورد النص عليه - فى باب التزام المرافق العامة - من حق العميل فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، إذا وقع انحراف أو غلط ضد مصلحته عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية . ومن حق الملتزم بالمرافق العام فى استكمال ما تبقى من الأسعار المقررة ، إذا وقع ذلك الانحراف أو الغلط ضد مصلحته . حيث ، فى الحالتين ، « يسقط الحق ... بانقضاء سنة من وقت قبض الأجر التى لا تتفق مع الأسعار المقررة » (مادة ٢/٦٧٢) .

وما ورد النص عليه - فى باب عقد العمل - من سقوط الدعاوى الناشئة عن -

المطلب الثاني

كيفية حساب مدة التقادم

مبدأ سريان التقادم :

٥١١- لما كان مبنى التقادم ، كما سبق أن ذكرنا هو أن الدائن يتعد عن المطالبة بحقه ، مع إمكان هذه المطالبة ، للمدة التي حددها القانون ، بما يبرر سقوط هذا الحق ^(١)، فإنه يفترض بداهة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . ومن ثم يصبح مفهوماً ما نقضى به المادة ١/٣٨١ من أنه « لا يبدأ سريان التقادم - فيما لم يرد فيه نص خاص - إلا من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

ويتفرع على ذلك ^(٢):

١- أنه إذا كان الدين معلقاً على شرط واقف ^(٣)، فإن التقادم لا يسرى

= ذلك العقد ، بالتقادم ، « بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد ، إلا فيما يتعلق بالعمالة ، والمشاركة فى الأرباح والتسبب المتوية فى جملة الإيراد ، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد . ولا يسرى هذا التقادم الخاص على للدعوى المتعلقة بالتهالك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ لصوص عقد العمل التى ترمى إلى ضمان احترام هذه الأسرار » (مادة ١/٦٩٨ ، ٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن علم هيئة التأمينات الاجتماعية بالتحاق عمال بالمنشأة ، يجرى مدة تقادم سقوط مستحقاتها قبل رب العمل . نقض ١٩٨٠/١/٢٠ المجموعة المنة ٣١ (عدد ١) رقم ٤٧ من ٢٢٧ .

(٢) وطبقاً لما ورد النص عليه « على وجه التخصيص » فى المادة ٣٨١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٦٦/٣/١٠ المجموعة من ١٧ من ٥٦٤ .

ونقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار إليه فى معوض عبدالنواب من ٢٢٦ . وجاء فى حكم للنقض . أن : « الالتزام بالتعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون باليمنع من البناء عن سنوات لاحقه لرفع دعوى التعويض ، يعتبر للتراماً احتمالياً ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة -

فى شأنه - « إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط » م ٢/٣٨١ .
وقد سبق أن أشرنا إلى أنه استثناء من قاعدة الأثر الرجعى للشرط ،
لا تحسب مدة التعليق فى حساب مدة التقادم المسقط ، فلا يبدأ هذا
الأخير فى السريان إلا منذ تحقق الشرط .

٢- أنه إذا كان الدين مضافاً لأجل واقف : فإن التقادم لا يسرى فى شأنه
إلا من وقت انقضاء الأجل ، سواء بحلوله ، أو بسقوطه أو بالتنازل
عنه . (م ٢/٣٨١) ^(١) .

٣- أنه إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقررة أو
الميسرة ، وعين للقاضى ميلاً مناسباً لحلول الأجل ، فإن التقادم
يبدأ فى السريان من بداية هذا الميعاد ^(٢) .

٤- أنه ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع (وهو التزام البائع
بتعويض المشتري عن استحقاق للمبيع للغير وهو فى يده) ،
فإن تقادمه لا يبدأ فى السريان « إلا من الوقت الذى يثبت فيه
الاستحقاق » م ٢/٣٨١ . أو من تاريخ صدور الحكم النهائى بثبوت
الاستحقاق للغير ^(٣) .

= له إلا إذا انقلب إلى التزام محقق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد فى كل عام نتيجة
للقرار الإدارى المذكور . نقض ١٩٦٣/٤/١١ للمجموعة من ١٤ ص ٥٢٠ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٧٩/٤/١٢ سابق الإشارة إليه .

(٢) وفى ذلك ، تقول الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨١ « فإذا كان تحديد
الأجل موكولاً إلى القاضى (كما هو الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار) تحين التريث
حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحددة » . مشار إليها فى معوض عبدالتواب
ص ٧٧٤ .

(٣) وقد بررت ذلك محكمة لنقض بأن هذا الضمان « للترام شرطى يتوقف على
نجاح المتعرض فى دعواه ... » . نقض ١٩٦٦/٣/١٠ سابق الإشارة إليه . وانظر
ليشاً : نقض ١٩٧٢/٢/٢٩ للمجموعة من ٢٣ ص ٢٦١ .

هـ- أنه « إذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن » كما هو الحال فى السندات الواجبة للدفع عند الإطلاع ، فإن التقادم يسرى « من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته » م ٣/٣٨١ . والأصل أن الدائن يتمكن من إعلان إرادته اقتضاء هذا الحق من يوم نشأته ^(١) . وعندئذ يسرى التقادم من ذلك الوقت مالم يثبت أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالدين إلا فى تاريخ لاحق ، فيسرى التقادم - عندئذ - من ذلك التاريخ .

٥١٢- وإلى جانب التطبيقات السابقة (لقاعدة عدم بدء سريان التقادم إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء) ^(٢) هناك تطبيقات أخرى لذات القاعدة ورد النص عليها فى مواضع متفرقة فى القانون المدنى ، وفى بعض القوانين الخاصة وقد سبقت الإشارة لبعض منها ، من ذلك :

- ما ذكرناه ، من أن مدة تقادم حقوق بعض نوى المهنة الحرة (الخمسية) المنصوص عليهم فى المادة ٣٧٦ ، ومدة تقادم حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم ، والعمال والخدم ، والأجراء (الحولية) ، المنصوص عليهم فى المادة ٣٧٨ ، يبدأ سريانها ، طبقاً للمادة ٣٧٩ من « الوقت الذى يتم فيه هؤلاء للدائنون تقدماتهم ولو استمروا يؤدون تقدماتهم أخرى » .

- ومن أن تقادم دعاوى الحقوق الناشئة عن عقد التأمين (الثلاثية)

(١) انظر - من تطبيقات القضاء - نقض ١٩٧٠/١/١١ المجموعة س ٢١ ص ١٠٣٨ .

(٢) وهى تطبيقات ورد النص عليها « بخاصة » ، فى الفقرة الثانية من المادة ٣٨١ .

يبدأ سريانه طبقاً للمادة ١/٧٥٢ « من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى » ^(١) .

- ومن أن تقادم دعوى الضمان العشرى (الثلاثية) يبدأ سريانه - طبقاً للمادة ٦٥٤ « من وقت حصول للتهدم أو إنكشاف العيب » .

- ومن أن تقادم حق المموّل في استرداد الضرائب التي دفعها بالزيادة على ما هو واجب عليه ، يبدأ سريانه - طبقاً للمادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل - « من تاريخ نشوء حق المموّل في الاسترداد » ^(٢) . إلى غير ذلك من التطبيقات .

٥١٣- إما لا يعمل بالقاعدة الأصلية السابقة ، وحسب ما استتركه نص المادة ١/٣٨١ نفسه « إلا فيما لم يرد فيه نص خاص » يحدد لمبدأ سريان المدة وقتاً آخر . كما في : « ... الرسوم السنوية » و « الرسوم التي تستحق عن الأوراق القضائية » (مادة ١/٣٧٧) ، وفي دعوى الإبطال لنقص الأهلية أو لتعيب الإرادة بالغلط أو للتدليس أو الإكراه (مادة ٢/١٤٠) ، وفي دعوى للتعويض عن الفعل غير المشروع « (مادة ١٧٢) ، وفي الدعاوى الناشئة عن عقد العمل (مادة ٦٩٨) والدعاوى

(١) إلا في الحالات المستثناة كما سيحي .

(٢) ومع هذا للتحديد ، الذي ورد به نص المادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل ، أصبح يمكن القول بأن المشرع هنا يطبق القاعدة العامة في مبدأ سريان مدة التقادم . أما عندما كانت هذه المطالبة تخضع - في مبدأ سريان تقادمها - لنص المادة ٢/٣٧٧ (مدنى) ، أى « من يوم دفعها » ، فإن ذلك لم يكن - في تقديرنا (وعلى عكس ما يراه البعض : انظر جمال ذكى من ٢٦٢ نبد ٢٥٦) تطبيقاً لتلك القاعدة ، لأن الممول لا يعرف بأن له حقاً زائداً مدفوعاً بحق له استرداده ، من يوم ذلك الدفع ، وإنما من يقوم بإخطاره النهائي بصافي المستحق عليه من الضريبة :

الناشئة عن عقد التأمين في بعض الحالات الخاصة (مادة ٢/٧٥٢) ^(١) .
والدعاوى الناشئة عن عقد التزام المرلفق العامة (مادة ٢/٦٧٢) ، ودعوى
تكملة الثمن بسبب الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية (مادة ٤٢٦) ،
ودعوى عدم نفاذ التصرف (مادة ٢٤٣) ، وفي دين للضريبة المستحق
للدولة (مادة ٩١ من قانون الضريبة على الدخل) ، فقد وردت في شأن هذه
التطبيقات نصوص خاصة تحدد لمبدأ سريان التقادم ، في كل منها ، وقتاً
خاصاً ، سبق أن بيناه ، كل في موضعه . إلى غير ذلك من التطبيقات .

طريقة حساب المدة :

٥١٤- « تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات » (م ٣٨٠) .
ومعنى ذلك أن كسور الأيام لا تدخل في حساب مدة التقادم ، بما يستتبع
بالضرورة ، ألا يحسب اليوم الأول (م ٣٨٠) . وتكتمل مدة التقادم
« بانقضاء آخر يوم منها » م ٣٨٠ . ومعنى ذلك ، أن اليوم الأخير يدخل
في الحساب ، ومن ثم يقع صحيحاً ما يتخذ فيه من إجراءات قانونية . وفيما
يبين اليوم التالي لليوم الأول ، وحتى اليوم الذي يكتمل فيه التقادم ، يدخل في
حساب المدة ما يعرض خلال هذه الفترة من أيام للمواسم والأعياد . أما على
العكس ، إذا وقع آخر أيام المدة في عطلة أو عيد أو موسم لا يغير اتخاذ
الإجراءات في خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ، ووقف سريان
التقادم ، إلى أول يوم عمل يلي للعطلة أو العيد أو الموسم . فإذا انقضى هذا
اليوم دون أن يطالب للدائن بحقه فيه ، اكتملت مدة التقادم ، وسقط الحق .

(١) وهي الدعاوى الناشئة للمؤمن : في حالة « إخفاء للمستلمين بيانات متعلقة
بالخطر المؤمن منه ، أو تقديم بيانات غير صحيحة أو غير دقيقة عن هذا الخطر » .
والدعاوى الناشئة ، لدى لشان (المستلم أو المستفيد) « في حالة وقوع الحادث المؤمن
منه » .

المطلب الثالث

ما يعترض سريان التقادم (الوقت والانقطاع)

٥١٥- قد يعترض سريان التقادم بعض العوارض التي تؤثر فى مدته . وهذه العوارض هى الوقف والانقطاع .

وتجدر الإشارة - قبل الخوض فى تفاصيل هذه العوارض - إلى ما تجرى عليه محكمة للنقض فى مصر ، من أن لمحكمة الموضوع - متى دفع أمامها بالتقادم - أن تبحث ، ولو من تلقاء نفسها ما يعترض مدة التقادم من وقف أو انقطاع ، متى تبين سببه من أوراق الدعوى (١) .

أولاً : وقف التقادم (٢) :

٥١٦- سبق أن أشرنا إلى أن مبنى نظام التقادم ، هو أن المشرع قد ترك للدائن فترة كافية من الزمن ، يمكنه خلاله أن يطالب بحقه . فإذا قعد عن هذه المطالبة مع إمكانها ، استحق سقوط هذا الحق . لذلك يكون من البديهي ألا يحاسب الدائن على مدة كان لا يستطيع خلالها أن يطالب بحقه .

(١) انظر نقصن ١٩٧٧/٦/٧ للمجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩

ص ١٣٧٨ .

كذلك جاء فى حكمها الصادر فى ١٦/٣/١٩٧٨ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٥٢ ص ٧٧٣ أنه « جرى قضاء هذه المحكمة على أنه حسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتى يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من القطع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضى التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع . ومن ثم فالمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالتها أوراق الدعوى بقيام سببه » .

(٢) انظر ، فى تنظيم القانون الفرنسى لوقف التقادم : ستارك بند ٢٤٩٩ -

٢٥٠٣ ، جوجار (دروس لازو) بند ١١٨١ - ١١٨٤ ، ملرتى وريبنو بند ٨٧٣ .

ومن ثم فقد جعل المشرع مبدأ سريان التقادم من وقت صيرورة حق الدائن مستحق الأداء . وللمكمل للطبيعي لذلك أن يكون من الضروري ألا تدخل في حساب مدة التقادم ، للفترة الزمنية التي لم يكن بإمكان الدائن خلالها أن يطالب بحقه ، وطيلة ما بقى السبب المانع من المطالبة . ويقال عندئذ بأن التقادم يقف عن السريان . فوقف التقادم إذن ، هو تعطيل سريانه ، لأحد الأسباب التي تحول بين الدائن والمطالبة بحقه . ليبقى موقوفاً ما بقى هذا السبب . فإذا زال ^(١) ، استأنف التقادم سريانه ، دون أن تدخل في حساب مدته ، الفترة التي توقف فيها . ومن ثم يؤدي الوقف إلى إطالة مدة التقادم بقدر مدة هذا الوقف .

٥١٧- وقد عرض المشرع لأسباب الوقف في المادة ٣٨٢ ويتضح منها أن هناك سبباً عاماً يوقف التقادم أي كانت مدته^(٢) ولأن هناك سبباً خاصاً يوقف التقادم الذي تريد مدته على خمس سنوات .

١- فالتقادم ، بوجه عام ، لا يسرى « كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ^(٣) » ، ولو كان المانع

(١) انظر نقض مصري ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة لسنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ .

(٢) وكان واضعوا للقانون المدني الفرنسي للتقديم قد رأوا عدم تحديد حالات الوقف على سبيل الحصر ، وفضلوا وضع قاعدة عامة بموجبها يقف التقادم كلما استحال على الدائن أن يطالب بحقه ، وأياً كان سبب هذه الاستحالة . أما واضعوا المجموعة الحالية فقد رأوا - إزاء ما لوحظ في العمل من تزايد حالات التفرع بوجود هذا الاستحالة وعلى الأخص التفرع بعدم العلم بوجود الحق - تحديد حالات الوقف على سبيل الحصر . وهو ما ترجمته المادة ٢٢٥١ حين قضت بأن التقادم يسرى ضد جميع الأشخاص ، اللهم إلا في الحالات الاستثنائية المحددة قانوناً . إلا أن ذلك لم يمنع القضاء من التوسع في تطبيق حالات الوقف . وقد فسر للحالات المحددة صراحة في نصوص القانون بأنها حالات =

أدبيا « (١) ، (٢) م ١/٣٨٢ . ولم ير المشرع إيراد هذه الموانع على سبيل الحصر ، بل عمم الحكم لتمثيه مع ما يقضى به العقل « (٣) .

ومن ثم فأى مانع يحول بين الدائن والمطالبة بالحق ، يوقف التقادم (٤) . ويظل هذا الأخير موقوفا ما بقى المانع قائما . شريطة - بطبيعة الحال - ألا يكون هذا المانع ناشئا عن نقصير الدائن نفسه (٥) .

= خاصة مبنية على وضع شخصى يكون الدائن فيه فى حالات معينة ، لا تحرم القضاء سلطته فى أن يرى فى ظروف أخرى مختلفة ما يبرر وقف التقادم . انظر جوجار (دروس ملزو) بند ١١٨١ ، ١١٨٢ .

(١) انظر من تطبيقات القضاء المصرى : نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ ، والأحكام الأخرى المشار إليها فى الهوامش اللاحقة من هذا البند .

(٢) والدفع بهذا المانع لا يجوز - بداهة - إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض ١٩٧٩/١٢/٢٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٤١٧ ص ٤١٨ ، نقض ١٩٨١/٢/١٦ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٧٣٣ ، ٧٣٤ ، نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه فى نفس المرجع ص ٧٣٢ ، نقض ١٩٧٢/٣/٢٥ المجموعة س ٢٣ ص ٥٢١ . (٣) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٢ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة س ٢٨ ص ١٣٧٨ ؛ نقض ١٩٨٢/٥/١٧ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٧٣٦ ، ٧٣٧ .

(٤) وتقدير قيام هذا المانع هو - بداهة - من سلطة محكمة الموضوع . انظر فى هذا المعنى : نقض ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ ، نقض ١٩٧٧/٦/٧ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ ، وتطبيقا لذلك . قضت محكمة النقض بأن اتهام العامل وتقديمه للمحاكمة الجنائية ، لا يصلح سببا لوقف تقادم دعواه بطلب الأجر والمكافأة ، انظر : نقض ١٩٧٩/١١/٢٥ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ٣) رقم ٣٤٩ ص ٦٢ ، ولنظر أيضا نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة السنة ٢٨ (عدد ٢) رقم ٣٣١ ص ١٩٢٥ .

(٥) انظر نقض ١٩٧٢/١/١٩ المجموعة س ٢٣ ص ٦٧ : وانظر - من =

وتقدير قيام المانع الموقف للتقدم هو من سلطة محكمة الموضوع لا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله ^(١)، ويستوى في هذا الشأن أن يكون هذا المانع مائداً أو أدبياً .

= التطبيقات القضائية ، لهذا التفسير ، نقض ١٦/١١/١٩٤٢ مشار إليه في معوض عبداللّوالب ص ٧٤٥ (في خصوص : تأخر دائن في تقديم طلبه الإلغاء من الرسوم القضائية للجنة المساعدة القضائية تأخراً ترتب عليه أن أدّى تأخر اللجنة في الفصل في هذا الطلب إلى فوات مدة التقدم بما لم يتسن له - تبعاً لذلك - أن يرفع الدعوى (الموضوعية) للمطالبة بحقه في الوقت المناسب) . وقد جاء في هذا الحكم أن : « صاحب الحق وهو المطالب بالمحافظة عليه كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت » . ونظر أيضاً : نقض ١٦/٢/١٩٨١ مشار إليه في معوض عبداللّوالب ص ٧٢٣ ، ٧٣٤ وقد جاء فيه : « لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع في حدود سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقرير الأدلة فيها ، قد خلصت إلى عدم توافر هذا المانع لدى الطاعة ، وأقامت قضاءها على أن المَطْمُون عليها تقدمت إلى الطاعة بطلب خفض الأجرة وأن الطاعة طالت النظر في قبول هذا الطلب إلى أن قبلته فعلاً وخفضت الأجرة عما كان مقدراً لها من قبل ، وأنه كان في مكتبة الطاعة المطالبة بالأجرة المقدرة أساساً ثم تسوى الحساب وفقاً لما ينتهي إليه الرأي في شأن تخفيضها ، فلا غير أن الطاعة أمسكت عن ذلك طواعية حتى استتر رأيها على تخفيض الأجرة ، فلا يقبل منها القول بقيام مانع يمنعها من المطالبة ، لأن ذلك كان بتقصير منها فإن ما تثيره الطاعة في هذا الشأن يكون ويكون هذا النعي على غير أساس » .

(١) نقض ١٦/٢/١٩٨١ مشار إليه في معوض عبداللّوالب ص ٧٣٤ .

ونظر في تقدير رأته محكمة للنقض غير سائغ ، نقض ٨/١٢/١٩٦٦ المجموعة ص ١٧ ، ١٨٦٥ ، وقد جاء فيه : « متى كان يبين من الحكم المَطْمُون فيه أن رفض اعتبار علاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطاعن للدائن والمَطْمُون عليها للمدين ، مانعاً أدبياً لمجرد تحرير سند بالدين بمقولة أن تحريره يخالف المألوف بين الزوجين وكان تحرير سند بالحق المطالب به ليس من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم إذ أنه لا يخالف المألوف بين الزوجين ولا يدل بحال على وقوع أي تصدع في =

وبدیهی أن هذه السلطة التقديرية تكون فى النوع الثانى من الموانع أرحب منها فى النوع الأول لتعلق الأمر بمسألة شديدة للنسبية أو الخصوصية .

إنما « إذا أورد قاضى للموضوع أسباباً لإثبات قيام » « المانع أو نفيه ، فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض » (١) .

ومن قبيل الموانع المادية الموقفة للتقدم ، على سبيل المثال قيام حرب أهلية أدت إلى توقف المحاكم عن العمل . ومنه أيضاً ، أخذاً من أحكام للقضاء :

- « القبض على لادائن وحجسه بغير حق » (٢) .

- « وضياح للصورة للتنفيذية الأولى لأمر الأداء الصادر لصالح »

= علاقة الزوجية التى تربطهما ، كما أن هذا التسبب ينطوى على مخالفة للقانون لما يترتب على الأخذ به من تخصيص للمانع الأبى الذى يقف به مريان التقادم بالحالة التى لا يكون فيها الحق المطالب به ثابتاً بالكتابة وهو تخصيص لا أصل له فى القانون ولم يردده الشارع ، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصور وبمخالفة القانون » .

وفى نفس المعنى : نقض ١٩٧٩/٣/٢٢ مشار إليه فى معروض عبدالتواب ص ٧٣٣ .

ولا يعتبر التسبب كافياً إذا كان الحكم قد يقتصر على « مجرد الإشارة لظروف الدعوى باعتبارها المصدر الذى استخلص منه عدم قيام للمانع ، دون تبيين الدليل الذى كونت منه المحكمة لقتناعها بوجهة نظرها حتى يمكن للوقوف على أن ما أثير حوله من دفاع لا يؤثر فيه والتحقق من أنه من الأدلة التى يصح قائلوناً بناء للحكم عليها » . وإذا لم يلتزم الحكم ذلك فإنه « يكون قد عابه قصور يبطله » . نقض ١٩٨٤/١/٢٦ مشار إليه فى معروض عبدالتواب ص ٧٣٧ .

(١) نقض ١٩٦٦/١٢/٨ سابق الإشارة إليه ؛ ونقض ١٩٧٩/٣/٢٨ مشار إليه فى معروض عبدالتواب ص ٧٣٢ ؛ ونقض ١٩٨٤/١/٢٦ مشار إليه فى نفس المرجع ص ٧٣٧ .

(٢) نقض ١٩٧٩/٢/١٥ مشار إليه فى معروض عبدالتواب ص ٧٣٢ .

الدائن ، « وانتظاره صدور الحكم بتسليمه صورة تنفيذية ثانية » (١) .

- و « منازعة المدين في أحقية الدائن فيما يطلبه بطلبه الأصلي من تطبيق كادر معين عليه ، تعتبر (أى هذه المنازعة) مانعاً مادياً من شأنه أن يوقف التقدم بالنسبة للالتزامات المترتبة على هذا الطلب الأصلي (كالفروق المالية المستحقة عند ثبوت الأحقية في تطبيق هذا الكادر على الدائن) ، ويظل التقدم ، في شأن هذه الفروق ، موقوفاً ما بقيت تلك المنازعة قائمة إلى أن يفصل فيها بحكم نهائى بأحقية الدائن فيما يطلبه بطلبه الأصلي » (٢) .

- ورفع الدعوى الجنائية عن الفعل المرفوعة به دعوى مدنية بالتعويض . فهو يوقف سريان التقدم بالنسبة لدعوى التعويض « طوال المدة التي تدرج فيها المحاكمة الجنائية ، ولا يعود للتقدم إلى السريان إلا منذ صدور الحكم الجنائى للنهائى أو انتهاء المحاكمة بسبب آخر » (٣) .

- وقد قضت محكمة النقض بان المعتقلين والمراقبين ، الموضوعه أموالهم تحت الحراسة ، تقف مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات بالنسبة لهم (٤) .

ومن الموانع الموقفة للتقدم ، الذى أشارت إليه الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٢ ، « لتحاد الزمة » ، فقد رأت فيه مانعاً طبيعياً من موانع سريان التقدم « فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالاً مستنداً إلى الوقت الذى لتحلت فيه الزمة وعاد الدين إلى

(١) نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه فى المرجع السابق ، نفس الموضوع .

(٢) نقض ١٩٨٢/١/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) نقض ١٩٧٥/١/٢٣ المجموعة من ٢٦ ص ٢٣٣ .

(٤) انظر حكم ١٩٧٦/١/٢٤ للمجموعة السنة ٢٧ رقم ٦٥ ص ٢٨٨ ، وفى نفس

المعنى حكم ١٩٧٦/١١/٢٩ للمجموعة ٢٧ (عدد ٢) رقم ٣١٣ ص ١٦٩٨ .

الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طول للفترة التي تحقق الاتحاد خلالها ^(١) .
إلى غير ذلك من الأمثلة .

ويكفي في المانع الموقف للتقادم أن يكون مانعاً أدبياً ^(٢) ، طالما أن ما بين الدائن ومدينه من علاقة ، لا يسمح له أدبياً بمطالبته ، وهو كما سبق أن قلنا ، أمر مستقل بتقديره قاضي الموضوع وفق ظروف كل حالة على حدة . ومن أمثلة هذه الموانع الأدبية ، علاقة الزوجية ^(٣) ، وعلاقة الابن بأبيه ^(٤) ، والعامل برب العمل في رأى البعض من الشراح ^(٥) ، وعلى عكس ما تراه

(١) مشار إليها في معوض عبدالنواب ص ٧٧٧ .

(٢) وقد اعتبرت بعض الأحكام في فرنسا ، من قبيل الموانع الأدبية الموقفة للتقادم ، وجود محادثات ودية بين المدين والدائن في شأن استيفاء الدين ، أنظر نقض (عرائض) ١٩٣٨/١١/٢٩ (د . ١٠ ١٩٣٩ - ٩٩) ، وكذلك جهل الدائن بوجود حق له في مواجهة المدين طالما كان هذا الجهل مغفراً من جانبه : أنظر نقض (عرائض) ١٩٤١/١/٢٧ (س . ١٩٤١ - ١ - ٧) .

(٣) والقانون الفرنسي يجعل - في المادة ٢٢٥٣ منى - صراحة ، من قيام علاقة الزوجية سبباً لوقف التقادم . ويرد الفقه هذه للقاعدة على أساس من أنه لولاها لتعين على أى من الزوجين يريد للحفاظ على حقه تجاه الآخر من الموقوف بالتقادم ، أن يقاضيه بهذا الحق أو يوقع حجزاً على أمواله ، وهو ما لا ينسجم وطبيعة العلاقة الزوجية ، وما يعكر من صفو هذه العلاقة . أنظر ستارك بند ٢٥٠١ ، جوجلار (دروس مازر) بند ١١٨٢ .

(٤) وقد قضت محكمة للنقض المصرية بأن « صلة القرابة مهما كانت درجتها ، لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً ، بل يرجع في ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة : تستخلص منها محكمة الموضوع - بما لها من سلطة للتقدير - قيام أو انتفاء المانع الأدبي ، دون معقب عليها في ذلك ، متى لقأت استخلاصها على أسباب مائغة » .

نقض ١٩٧٨/٤/١٧ للمجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ .

(٥) من هذا رأى د . إسماعيل غانم بند ٢٨٤ ، الإسكندرية الابتدائية ١٩٥١/١/٢١ مشار إليه في هامش ٢ ص ٤٤٤ من نفس المؤلف .

محكمة النقض تأسيساً على أن المشرع « كفل للعامل الضمان الكافي لحفظ حقوقه واستقراره في عمله فلم يعد له ما يخشاه من صاحب العمل إن طالبه بهذه الحقوق »^(١) وهو بتقرير مقبول .

وقد اعتبر المشرع من هذه الموانع الأدبية ، بنص صريح علاقة الأصيل بنائبه ، حين قضى في المادة ١/٣٨٢ بأنه « كذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب » .

وفي القضاء : أيدت محكمة النقض ما رأته محاكم الموضوع ، من اعتبار خوف الدائنين « مما كان يتبع » مع الناس المعبرين مناهضين للنظام ، « قبل ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/٢٥ » من « أساليب القهر » والإذلال ، مانعاً من المطالبة بالحق يوقف سريان التقادم^(٢) . وجاء في حكمها الصادر في ١٩٨٣/٥/١٧ أن : « المانع من المطالبة الذي يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه ... لما كان ذلك وكان

(١) نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٧٤٢ ، ٧٤٣ ، وفي نفس المعنى : نقض ١٩٨٠/١٢/٢٨ المجموعة من ٣١ (عدد ٢) رقم ٣٩٨ ص ٢١٤١ ، وضمناً : نقض ١٩٧٢/٤/٨ للمجموعة من ٢٣ ص ٦٦٣ .

(٢) انظر نقض : ١٩٨١/١١/١٩ في الطعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٨ ق مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٧٣٤ ، وقد جاء فيه : « . . . وكان للحكم المطعون فيه قد أسس ما انتهى إليه من وقف التقادم في الفترة من تاريخ الإفراج عن المطعون ضده حتى ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/١٥ على أنه ما كان بوسع المطعون ضده إقامة مثل هذه الدعوى قبل ١٩٧١/٥/١٥ وذلك خوفاً مما كان يتبع من أساليب القهر والإذلال الأمر الذي يقف معه للتقادم حتى هذا التاريخ ، وكان هذا الذي قرره للحكم يقوم على الظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب في الفترة السابقة على ثورة التصحيح في ١٩٧١/٥/١٥ وهي أسباب سلتغة تؤدي إلى ما رتبته للحكم عليها » .

الحكم ... قد أورد أنه « كان ينظر إلى إجراءات فرض الحراسة وتأمين أموال الخاضعين لها على أنها من الأمور التي تتعلق بكيان الدولة ومصالحها العليا والتحول الاقتصادي فيها ، وكان يوصف المعارض أو المطالب بتصحيح ما قد يوجد بها من أخطاء على أنه مناهض لمصلحة الدولة وسياساتها العليا ويكون معرضاً للمزيد من الإجراءات الاستثنائية ، فإن ذلك ولا شك قد أوقع في نفس المدعى الرهبة والخوف من اتخاذ أى إجراء للمطالبة بحقه ورفع للتسفس عنه واسترداد الحصة المملوكة له فى عقار النزاع ... وهذا يعد مانعاً أدبياً ، إذ يتعذر معه على المدعى المطالبة بتسك الحصة المغنصبة .. » (١) .

٢- ولا يسرى - بصفة خاصة - « التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات ، فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية. ، أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن له نائب يمثلّه قانوناً » (٢) (م ٢/٣٨٢) .

ويلاحظ هنا ، أن المشرع قد قصر هذا السبب من أسباب الوقف ، على التقادم العادى (١٥ سنة) . كما أنه اشترط صراحة لهذا الوقف ألا يكون لأى من ناقص الأهلية أو الغائب أو للمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، نائب يمثلّه قانوناً . ويفهم من هذا القيد الأخير ، أن العلة فى هذا السبب من أسباب الوقف ، أن من ورد ذكرهم فى هذا النص لا يملكون من الوسائل

(١) مشار إليه فى معوض عبدالقواب ص ٧٣٧ .

(٢) فإذا كان للقاصر نائب يمثلّه ، فإن التقادم يسرى : « اعتباراً بأن النائب يحل محل الأصل فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه » . نقض ١٩٦٧/١٠/١٧ المجموعة من ١٨ ص ١٥٢٧ ، وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/١/٤ للمجموعة السنة ٢٨ (عدد ١) رقم ٤٠ ص ١٤٧

المادية ما يمكنهم من المطالبة بحقوقهم ، فضلا عن أن بعضهم ينقصه حسن الإدراك ، بل ولا يمكنه قانونا أن يطالب بحقه ، . لا يجعل من الضروري وقف سريان التقادم في حقهم .

غير أن هذه العلة كانت تقتضى فى الواقع تعميم هذا السبب من أسباب الوقف وعدم قصره على ما تزيد مدته على خمس سنوات . غير أنه يبدو أن المشرع قد وجد أن الاعتبارات التي دعتة إلى تقصير مدة تقادم بعض الحقوق (فى حالات التقادم الخمسى ، والثلاثى ، والحولى) ، هى أولى بالتفضيل من مصلحة الدائن القاصر أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

٥١٨- هذا ويترتب على وقف التقادم ، كما سبق أن ذكرنا وأياً كان سببه ، ألا تدخل مدته فى حساب مدة التقادم ، فتمتد هذه الأخيرة بمقدار مدة الوقف .

ثانيا : انقطاع التقادم :

٥١٩- قد يتخذ الدائن من الإجراءات ، خلال سريان مدة التقادم ، ما ينفى عنه إهماله فى اقتضاء حقوقه . وقد يقر المدين بحق الدائن فيغنى الدائن عن المطالبة بالحق . فإذا حدث أى من هذين للمبنيين ، زال كل أثر لما مضى من مدة التقادم . ويقال عندئذ بأن التقادم قد انقطع . فانقطاع التقادم إذن ، هو زوال لما مضى منه من مدة قبل حدوث سبب الانقطاع ، بحيث إذا عاد التقادم إلى السريان ، بدلت مدة جديدة كاملة .

ويبين مما تقدم أن من أسباب انقطاع التقادم ، ما يرجع إلى السدائن . ومنها ما يرجع إلى المدين ، وذلك على التفصيل التالى :

(أ) ما يرجع إلى الدائن :

٥٢٠- ينقطع التقادم ، نتيجة لما يتخذه الدائن من الإجراءات التالية :

١- المطالبة القضائية (وما في حكمها) :

٥٢١- ويقصد بها - في الأساس : إقامة الدعوى ^(١) أمام القضاء ،

بالحق الذي للدائن في ثمة مدينه .

إنما ، ليس ينحصر المقصود بالمطالبة القضائية هنا في معناها هذا الضيق ، فالمشرع ، في المادة ٣٨٣ مدني " لم يقصد بالمطالبة القضائية معناها الحرفي المتعارف عليه ، وإنما قصد كل إجراء قانوني يتضمن إظهار نية الدائن في تمسكه بحقه ضد من يسري التقادم في مصلحته " ، فيما يعني أن المطالبة القضائية ليست مقصورة هنا على التكليف بالحضور أمام محكمة تتألف من قضاة بالمعنى الذي قصده قانون استقلال للقضاء ، بل يجب أن تمتد إلى المطالبة التي يتضمنها كل تكليف بالحضور أمام أية هيئة عهد إليها المشرع بنظر خلاف معين ومن اختصاصها إصدار قرار أو حكم ملزم يمكن للتنفيذ بمقتضاه ، تمشياً مع ما تطورت إليه النظم الاجتماعية والاقتصادية

(١) سواء في صورة دعوى أصلية أو في صورة طلب عارض ، أنظر نقض ١٩٨١/١١/٢٩ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٣٤ . مع مراعاة أيضاً أن « المطالبة القضائية تشمل الدعوى والرفع على حد سواء » ، أنظر الأعمال التجضيرية لنص المادة ٣٨٣ مدني ، مشار إليها في المرجع السابق ص ٧٣٨ . كما يقطع التقادم أيضاً : « تقديم عريضة أمر أداء » ، أنظر نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ مشار إليه في المرجع السابق ص ٧٤٣ .

واستحدثت من القوانين الحالية ^(١) : كهيئات التحكيم ، ولجان طعن الضرائب ^(٢) ، وبوجه عام كل " جهة إدارية إذا كان القانون قد خصها بالفصل في النزاع " ^(٣) .

وبناءً على هذا المفهوم الواسع ، قُضي بأنه " يعتبر في حكم المطالبة القضائية ، تقديم طلب تقدير الأتعاب إلى مجلس نقابة المحامين من المحامي أو الموكل عند الخلاف بينهما على قيمتها في حالة عدم وجود اتفاق كتابي عليها ، ومن ثم يترتب عليه آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم " ^(٤) . وبالمقابلة ، قضي بأن صفة المطالبة القضائية منقضية في " مكتب العمل " المنصوص عليه في قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ حيث هو " جهة إدارية ليست مختصة بالفصل في النزاع أو اللق للمطالب به بل تقتصر مهمته على محاولة تسوية هذا للنزاع " ومن ثم فإن " الشكوى المقدمة من العامل إلى ذلك المكتب لا تعتبر مطالبة قضائية بالمعنى الذي أفصح عنه المشرع " ^(٥) . وأنه " لا يكفي لقطع التقادم التظلم للمرفوع إلى سلطة

(١) انظر حكم لجنة طعن الضرائب بالتقاهرة ١٩٥٢/٤/١ المحاماة ٣٣—٤٩٧—٩٣٩ ومشار إليه أيضاً في السنيوري ج٣ مجلد٢ لقضاء الالتزام الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ١٣٠٣ ملمش ١

(٢) انظر حكم لجنة طعن للضرائب للمشار إليه في للهامش السابق ، وفيه استطرقت اللجنة قائلة : " أنه وبناءً على ذلك تكون إحالة الموضوع إلى لجنة الطعن بناءً على طلب الطاعن قاطعاً للتقادم ، لأن هذه الإحالة تتضمن ، لا محالة ، تمسكاً من جانب المصلحة بحقها ، ومعلوم أن التمسك بالحقوق قاطع للتقادم " .

(٣) انظر في هذا المعنى : نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه في معروض عبدالنواب ص ٧٤٢ ، ٧٤٣ .

(٤) نقض ١٩٦١/١/٨ للمجموعة ١٢—٨١—٥٣٢ ، نقض ١٩٦٦/١/٤ المجموعة ١٧—٣—٣٧ ، وفي نفس الاتجاه للسنيوري (الانقضاء) ص ١٣٠٧

(٥) نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه .

إدارية ، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية ^(١) . ولا — في التحكيم — مجرد " تحرير مشاركته والتوقيع عليها ، لأن المشاركة ليست إلا اتفاقاً علي عرض نزاع معين علي محكمين والنزول علي حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق أو تكليفاً للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم . ولكن إذا تضمنت المشاركة إقراراً من المدين بحق الدائن ، كما لو اعترف بوجود الدين ولتحصر النزاع المعروض علي التحكيم في مقدار الدين فإن هذه المشاركة — لهذا السبب — تقطع التقادم " ^(٢) .

كذلك ليس يلزم في المطالبة القضائية للقاطعة للتقادم أن تكون بكل الحق الذي للدائن في ذمة مدينه ، وإنما يكفي أن تكون بجزء من هذا الحق بالحق الذي للدائن في ذمة مدينه ، بجزء من هذا الحق ، حين ينقطع التقادم في هذه الحالة " بالنسبة لباقي الحق طالما أن للمطالبة الجزئية دالة علي التمسك بالحق بأجمعه " ^(٣) . أو للتدخل في خصومة قائمة (تدخل المدعي المدني في الدعوى الجنائية) ^(٤) ومطالبة الدائن فيها بحق في مواجهة المدين .

ويظل التقادم منقطعاً " طوال المدة التي تستغرقها الدعوي المقامة ثم يعود إلي السريان من جديد من يوم صدور الحكم النهائي " فيها ^(٥) .

(١) استئناف مختلط ١٩٠٠/١٢/٢٠ مشار إليه في السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٣ هامش ١ .

(٢) نقض ١٩٦٩/١/٢٠ المجموعة ٢٠-٣٤-٢١٠ ومشار إليه أيضا في السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٣ هامش ٢ .

(٣) نقض ١٩٧٨/٢/١٨ للمجموعة ٢٩-١٠١-٥٦٥ .

(٤) نقض ١٩٨١/١١/٨ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٢ ، ٧٤٣ .

(٥) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ نفس المرجع عبد التواب ص ٧٤٥ .

وفى هذا الصدد ، جاء فى حكم لمحكمة النقض ، أن : « المقرر أن الانقطاع بهذا السبب (أى بالمطالبة القضائية) يمتد طول الوقت الذى يستغرقه سير الدعوى بمعنى أن حق المدعى يبقى قائماً بأمين من كل سبب للسقوط يكون أساسه مضى الزمن ، متى كان لم يمض بين أى إجراء من إجراءاتها والذى يليه ، ولا على آخر إجراء حاصل فيها ، المدة اللازمة للتقدم المسقط ، لأن كل إجراء من إجراءات الدعوى إنما هو جزء منها مُتَّصِلٌ بها (١) .

٥٢٢- ويلزم فى المطالبة القضائية للقاطعة للتقدم - وعلى ما يجري به قضاء محكمة النقض - « أن يتوافر فيها معنى الطالب الجازم الصريح بالحق الذى يُراد لقتضائه » (٢) . ورتبت على ذلك أن : « صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما » لا تعتبر « قاطعة للتقدم إلا فى خصوص هذا الحق وما للتحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط بسقوطه » ، أما إذا « تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما ، فالطالب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقدم بالنسبة للحق الآخر » (٣) . وتقريباً على ذلك قضت بأن :

- صحيفة الدعوى السابقة - التى كان العامل ، فيها ، يطلب إلغاء

(١) نقض ١٩٤٥/٣/١ مشار إليه فى معوض عبدالتواب ص ٧٥٤ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مشار إليه فى نفس المرجع ص ٦٩٩ .

(٢) انظر مثلاً : نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعة ص ٢٧ ، ١٧٤١ ، نقض ١٩٣١/١٢/٢٤ ، نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ ، نقض ١٩٧٨/٢/٢ ، نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ ، نقض ١٩٨٣/٥/١٩ ، مشار إليها فى معوض عبد التواب ، الصفحات : ٧٣٨ ، ٧٤١ ، ٧٤٢ ، ٧٤٥ على الترتيب

(٣) الأحكام المشار إليها فى الهامش السابق .

قرار فصله " لا تحمل معني الطلب للجازم بعناصر الأجر والعمولة والمنحة السنوية التي يطالب بها في دعواه الحالية " ، وأن هذه الحقوق الأخيرة (عناصر الأجر والعمولة والمنحة) " لا تعتبر من توابع طلب إلغاء قرار الفصل الذي كان مطلوباً في الدعوي السابقة " ، ورتبت علي ذلك أن تلك الدعوي (أي دعوي إلغاء قرار الفصل) " لا يكون من شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة إلي هذه الحقوق ، إذ أنها لا تجب بوجوبه ولا تسقط بسقوطه " (١) .

- وأن : « للتعويض للموروث المطالب به (من قبل الورثة) في الدعوي الحالية يعتبر طلباً مستقلاً عن التعويض عن الأضرار التي لحقت (بهم) شخصياً المطالب به في الدعوي (السابقة) » ، ومن ثم رأيت أن صحيفة تلك الدعوي (السابقة) " لا تكون تحمل معني الطلب الجازم بالتعويض للموروث المطالب به في الدعوي الحالية ، إذ أن موضوع الدعوي الأولي يغير الحق موضوع للدعوى الحالية ويختلف عنه في المصدر » (٢) ، ورتبت علي ذلك أن الدعوي الأولي « لا يكون من

(١) نقض ١٩٧٨/٤/٢٢ المجموعة ٢٩-٢١٠-١٠٦٨ ، وانظر أيضاً : نقض

١٩٧٦/٥/٢٦ المجموعة ٢٧-٢٢٦-١١٨٨ .

(٢) وهو ما أوضحته المحكمة في هذا الحكم بقولها أنه : " إذا تسببت وفاة المضرور عن فعل ضار من الغير فإن هذا الفعل لا بد وأن يسبق الموت ولو بلحظة ويكون المضرور في هذه اللحظة أهلاً لكسب حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور هذا الضرر ويتقادم . ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ، فمصدر حق ورثة المجني عليه في المطالبة بهذا التعويض هو الميراث في حين أن مطالبتهم بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي حاق بهم من وفاة المجني عليه فإن حقهم في المطالبة به يثبت لهم شخصياً ومصدره العمل غير المشروع " . أنظر الهامش اللاحق .

شأنها قطع سريان التقادم بالنسبة لطلب التعويض الموروث » ^(١) .

- وأن : دعوي براءة الذمة من الدين لا تقطع تقادم الحق في استرداد ما تم تحصيله ^(٢) . إلى غير ذلك من التطبيقات ^(٣) .

٥٢٣- وحيث يلزم في المطالبة القضائية القاطعة للتقادم أن يتوافر فيها معنى الطلب الصريح الجازم بالحق ، علي ما ذكرناه ، فقد رتب علي ذلك محكمة النقض ، أنه لا يقطع التقادم :

- الشكوي المقدمة من العامل إلى مكتب العمل ^(٤) .

- الطلب المقدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسوم ^(٥) ، « ولو انتهى الأمر فيه إلي قبول الطلب » ^(٦) .

- طلب الدائن « ... بتسليمه صورة تنفيذية ثانية من أمر الأداء السابق صدره لصالحه علي العنين » ^(٧) .

(١) نقض ١٩٨٣/٥/١٩ سابق الإشارة إليه .

(٢) نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ (عدد) رقم ١٤٤ ص ٨١٢ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/١٤ المجموعة ٢٧-٣٢٠-١٧٤١ (عدد) ،

نقض ١٩٧٧/١٢/٣١ المجموعة ٢٨-٣٣١-١٩٢٥ (عدد) .

(٤) نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه .

(٥) " إذ هو ليس فيه معنى التكاليف بالحضور أمام المحكمة المرفوعة أمامها الدعوي وإنما مجرد التماس بالإعفاء من الرسوم يقتضي استدعاء الخصم بالطريق الإداري للحضور أمام اللجنة لسماع أقواله في طلب الإعفاء " . نقض ١٩٤٢/١١/١٦ مشار إليه في معوض عبد التسواب ص ٧٤٥ ، وانظر أيضا نقض ١٩٦٦/١/١٥ المجموعة ص ١٧ ص ٩٦٧ .

(٦) نقض ١٩٧٧/٥/٢ المجموعة ص ٤٤ ص ١١٠٤ .

(٧) لأن هذه المطالبة " وإن كانت تمهد للتنفيذ به إلا أنها لا تعتبر مطالبة =

— طلب الحكم بـ « الأحقية للأشياء للمحجوز عليها واستردادها »
لا « يحتمل معنى الطلب الجازم بالتعويض »^(١).

— مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية ، كطلب وضع الأختام ، وكوضعها بالفعل ، وكقيد الرهن ، وك تجديد القيد^(٢) .

— مجرد « الإنذار » ، ولو تولى إعلانه أحد المحضرين^(٣) . إلسي
غير ذلك من التطبيقات .

ولما كان الذي " يطلبه الدائن من المدين أمام قاضي الأمور المستعجلة
إنما هي مجرد إجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق ، فإن المطالبة
بهذه الإجراءات الوقتية لا تمس أيضا تقادم الحق نفسه "^(٤) . وعلي ذلك فإن
دعوي إثبات الحالة — مثلاً — لا تقطع التقادم بالنسبة إلسي موضوع
الحق "^(٥) ، كما لا تقطعه أيضا ، ولنسفس السبب ، " دعوي الحراسة
القضائية "^(٦) حيث " هي مجرد إجراء تحفظي لا يمس موضوع الحق .. "^(٧) .
إنما إذا " تضمنت المطالبة القضائية أمام هذا النوع من القضاء (القضاء

= صريحة بالحق المثبت في أمر الأداء والمهدد بالمقوط ولا تنصب علي أصل الحق ، إذ
هي تعالج صعوبة تقوم في سبيل للطاعن للذي قد قد للصورة للتنفيذية الأولى من أمر الأداء
المشار إليه . فالحق في استلام صورة تنفيذية ثانية يغير الحق الصادر به الأمر ، ومن
ثم فلا أثر لهذه المطالبة لانقطاع مدة التقادم " ، نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ مشار إليه في
معوض عبد التواب من ٧٤٢

(١) نقض ١٩٧٦/٥/٢٦ للمجموعة من ٢٧ من ١٠٨٨ .

(٢) السنهوري ، السابق من ١٣٠٠ .

(٣) نقض ١٩٣٢/٤/٢٨ مشار إليه في معوض عبد التواب من ٧٣٨ .

(٤) ، (٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ من ٣٣٣ .

(٦) ، (٧) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة ١٧ — ٢٤٧ — ١٧٠٥ ، نقض

١٩٧٩/٦/٤ المجموعة ٣٠ — ٢٨٦ — ٥٣٩ .

المستعجل) ، عن خطأ ، طلبات في موضوع الحق ، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق مرفوعة أمام محكمة غير مختصة " ومن ثم " تقطع التقادم " (١) ، لأن المشرع — كما سيجيء ، جعل المطالبة القضائية ، بموضوع الحق ، تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة .

٥٢٤- وغني عن البيان أن المطالبة القضائية القاطعة للتقادم مشروطة بأن تكون مطالبة قضائية صحيحة ، أي أن تكون رفعت بصحيفة دعوي صحيحة ، وإلا فإن كانت هذه الصحيفة باطلة لعيب في الشكل فإنها تزول ويزول معها كل أثر للمطالبة القضائية بما في ذلك قطع التقادم .

كذلك فإن إزاء كون المطالبة القضائية تزول بترك المدعي (الدائن) للخصومة ، أو نتيجة الحكم بسقوطها ، فإنه يزول يزوالها ، لهذا السبب أو ذاك ، أثرها القاطع للتقادم . ونفس الأمر لو صدر الحكم برفض الدعوي أو بعدم قبولها (٢) ، إذ يعتبر للتقادم عندئذ كما لو كان استمر ساريا طيلة المدة التي استغرقها نظر هذه الدعوي .

إنما ، وبالمقابلة ، تقطع المطالبة القضائية مدة التقادم ، طبقا لصريح المادة ٣٨٣ " ولو رفعت الدعوي إلي محكمة غير مختصة " (٣) يستوى في هذا الشأن أن يكون عدم اختصاصها محللأ أو نوعياً ويظل التقادم منقطعاً — كما قلنا — طوال المدة التي تستغرقها الدعوي المقامة ثم يعود إلي السريان

(١) في هذا المعنى السنهوري ، السابق ، هامش ٣ من ص ١٣٠٠

(٢) انظر نقض ١٩٨١/١١/٨ سابق الإشارة إليه ، وفيه قضت بأن : " عدم قبول تدخل المدعي المدني في الدعوي الجنائية يؤدي إلي زوال أثر هذا الادعاء في قطع التقادم واعتبار التقادم المبني عليه كأن لم يكن " .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء : نقض ١٩٨٠/١/١ المجموعة ٣١-١٦-٦٦ .

من حديد من يوم صدور الحكم النهائي بعدم الاختصاص . وقد راعى المشرع — علي ما يبدو — في هذا الاستثناء ، دقة قواعد الاختصاص واحتمال الخطأ فيها في الكثير من الأحيان . ولذلك بدا للسنيهوري أن رفع الدعوي حتي إلي محكمة لا ولاية لها يقطع التقادم ، اعتباراً بأن مسائل الولاية " أشد تعقيداً في بعض الأحوال من مسائل الاختصاص ، ونية الدائن في المطالبة بالدين محققة " (١) .

" ولكن إذا كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الموضوع بحيث لا يكون هناك أي محل للبس ، فالظاهر — لدي جانب من الفقه والقضاء — أن التقادم لا ينقطع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن رفع الدعوى يبدأ إلي محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم " (٢) .

" وينتقد الفقه الفرنسي التعارض ما بين الحكم للقاضي بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع للتقادم والحكم للقاضي بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلاً لا تقطعه ، مع أن البطلان في الحالة الأولى يرجع إلي الدائن وفي الحالة الأخرى قد يرجع إلي المحضر " (٣) . فيما دافع بعض من هذا الفقه عن هذه التفرقة ، اعتباراً بأن " المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لا تمنع إطلاقاً من ظهور نية الدائن المحققة في نقاضيه لحقه ، لما للمطالبة القضائية للباطلة شكلاً فكثيراً ما يرجع بطلانها إلي غموض هذه النية أو إلي عدم جديتها ، فوجب الرجوع في شأنها إلي الأصل وهو

(١) السنيهوري ، السابق ، ص ١٣٠٩ هامش ١ ، وقرب نقض ١٩٣٩/٤/٦ مشار إليه في نفس الموضع

(٢) انظر حكمها في ١٩٢٩/١١/١٩ مشار إليه في ، ويبدو مؤيداً من ، السنيهوري ، السابق ، ص ١٣٠٩ هامش ١ .

(٣) أشار لهذا الاتجاه ، السنيهوري ، السابق ص ١٣١٠ هامش ٢ .

انعدامها وعدم جواز ترتيب أي أثر عليها ^(١) .

٥٢٥- هذا ولما كان الأصل في الإجراء القاطع للتقادم — وعلي ما جري به قضاء النقض — أنه الذي يكون " متخذاً بين نفس الخصوم ، بحيث إذا ... اختلف هؤلاء لا يترتب عليه هذا الأثر " فإن " دعوي النقابة لا تقطع التقادم في دعوي الأعضاء " اعتباراً بأن : " دعوي النقابة هي دعوي مستقلة ومتميزة عن دعوي الأعضاء وتختلف عنها في موضوعها وسببها وفي آثارها وفي الأشخاص ، إذ هي تتصل بحق الجماعة ويتأثر بها مركزها باعتبارها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية أعضائها لا باعتبارها نائبة أو وكيلة عنهم . والدعوي من النقابة بحقها المتميز لا تمنع أحد أعضائها من رفع الدعوي بحقه هو الآخر ولا تتعارض معها ^(٢) .

٥٢٦- والفرض فيما تقدم حتي الآن ، أن للمطالبة القضائية كانت متمثلة في دعوي مرفوعة من الدائن علي مدينه .

" أما إذا كان من رفع الدعوي هو المدين نفسه ، وقد رفعها علي الدائن يطلب الحكم ببراءة ذمته من الدين أو ببطلانه أو بانقضائه بأي سبب ولو بالتقادم ، ورُقِضت هذه الدعوي ، " فإن أثرها في قطع التقادم محل خلاف :

فعند البعض أن هذا الإجراء لا يقطع التقادم ^(٣) . وعند البعض الآخر

(١) أنظر لهذا البعض ، السنهوري ، الموضع السابق]

(٢) نقض ١٩٦٦/١/١٢ المجموعة من ١٧ ص ١٠٢ ، وفي نفس المعني نقض ١٩٧٢/١/١٩ المجموعة من ٢٣ ص ١٦٧ .

(٣) من هذا الاتجاه السنهوري ، السابق ، ص ١٣٠٥ هامش ١ ، والفقهاء -

يقطعه^(١) . فيما يفرق بعضُ ثالث بين ما إذا كان الحكم برفض دعوي المدين صدر في غيبة الدائن ودون إيداء دفاع منه فلا يقطع للتقدم ، أو صدر في حضور الدائن وبعد أن أبدي دفاعه فيكون مؤيداً لحقه وقاطعاً للتقدم^(٢) .

٢- إجراءات أخرى :

٥٢٧- وفضلاً عن المطالبة للقضائية ، ينقطع التقدم كذلك — وطبقاً للمادة ٣٨٣ - « بالنتيبه ، وبالحجز ، وبالمطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس أو توزيع ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى » .

٥٢٨- ويقصد بالنتيبه الإجراء السابق على التنفيذ الجبرى المنصوص عليه بالمادة ٢٨١ مرافعات ، والذي يوجب المشرع اشتماله على إعلان المدين بالسند للتنفيذ مع تكليفه بالوفاء بالدين . ومن ثم فإنه يشترط

= الفرنسي المشار إليه فيه في نفس الموضوع ، ومحكمة النقض في مصر : مؤكدة أن هذا الإجراء يُناقي اعتبار المدين معترفاً بالدين اعترافاً يقطع مدة التقدم : أنظر نقض ١٩٤٦/١١/١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ ، وأنظر أيضاً نقض ١٩٣٨/١١/١٧ نفس المجموعة ج ٢ رقم ١٤٤ ص ٤٢٨ (في شأن دعوي للمدين ببراءة ذمته من الدين) ، وفي نفس الاتجاه أيضاً قضت محكمة استئناف مصر ومحكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها ، أنظر في هذه الأحكام السنيهوري كلمة هامش ١ من ص ١٣٠٥ في ص ١٣٠٦ .

(١) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي ، لأبيه مشار إليه في السنيهوري الموضوع السابق .

(٢) من هذا الرأي في الفقه الفرنسي ، الفقه المشار إليه في السنيهوري في نفس الموضوع السابق .

فيه أن يتم على يد محضر وبناءً على سند واجب التنفيذ^(١) . وهو ما لا يتوافر - مثلاً - في « الطلب المتقدم للجنة المساعدة القضائية للإعفاء من الرسوم »^(٢) ، ولا في التكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء إذ هو مجرد إذار بالدفع^(٣) .

إنما ، لا يشترط المشرع في هذا التنبيه (أو التكليف بالوفاء) عبارة معينة « فيكفى أى عبارة تكل بذاتها على تصميم صاحبها على هذا التكليف »^(٤) ، كأن يتضمن إعلان الحكم المنفذ به (السند التنفيذي) للمنفذ ضده ، تنبيهها عليه بـ « نفاذ مفعوله » . فهذه العبارة « تؤدي عقلاً إلى معنى التكليف بالوفاء الذى قصده المادة ٢/٢٨١ من أفعات »^(٥) .

وبنيتها أنه حتى يرتب التنبيه أثره فى قطع التقادم يجب أن يكون إجراءً متخذاً بشكل صحيح ، وإلا فإن كان باطلاً قلن يكون له هذا الأثر^(٦) .

(١) انظر نقض ١٩٥٩/٢/٣ المجموعة من ١٠ ص ٧٢٢ ؛ نقض ١٩٤٢/١١/١٦
مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٧٤٥ .

(٢) نقض ١٩٤٢/١١/١٦ سابق الإشارة إليه .

(٣) نقض ١٩٧٨/٤/١٧ المجموعة من ٢٩ رقم ٢٠٠ ص ١٠١٥ .

(٤) (٥) نقض ١٩٨١/١٢/٣١ مشار إليه فى معوض عبدالنواب ص ٧٤٣ ؛

وقرب نقض ١٩٦٤/١٢/٣ المجموعة من ١٥ ص ١١٠٦ .

(٦) نقض ١٩٦٦/١١/٢٢ المجموعة من ١٧ ص ١٧٠٥ وقد جاء فيه : « قيام الدائن بالتنبيه أو بالحجز على المدين لنزع ملكية عقاره ، وإن كان بعد بذاته إجراء قاطعاً للتقادم المسقط لحقه فى ذمة مدينه يبدأ بموجبه سريان التقادم من جديد ، إلا أن الحكم بإلغاء قائمة شروط البيع ليطالان منذ التنفيذ أو يطالان حق الحاجز فى التنفيذ به ، يستتبع حتماً بطالان التنبيه الذى أعلن دون سند صحيح بخول الحق فى التنفيذ بمقتضاه فلا يكون للتنبيه أثر فى قطع التقادم » .

٥٢٩- وفيما يتعلق بالحجز^(١) ، تجدر الإشارة إلى ما تقول به محكمة النقض من أنه ، في خصوص حجز ما للمدين لدى الغير (ذلك الذي يتم - قانوناً - بمجرد إعلان الحجز إلى المحجوز لديه) يترتب على توقيع هذا الحجز قطع للتقادم السارى لمصلحة المحجوز لديه في مواجهة المحجوز عليه . وكذلك قطع للتقادم السارى لمصلحة المحجوز عليه في مواجهة الحاجز^(٢) .

٥٣٠- أما لـ « عمل » المنصوص عليه في عجز المادة ٣٨٣ فالمقصود به - على ما أبانته محكمة النقض - « هو الطلب الذى يبديه الدائن فى مواجهة مدينه أثناء السير فى دعوى مقامة ضد الدائن أو تحلته خصماً فيها ، ويبين منه تمسكه ومطالبته بحقه للمهدد بالسقوط »^(٣) .

٥٣١- كذلك تضمن قانون الضريبة علي الدخل ، سابق الإشارة إليه ، أسباباً إضافية لقطع تقادم دين: الضريبة . فقد نصت المادة ٢/٩١ من ذلك القانون علي أنه : « وتتقطع المدة بأي سبب من أسباب قطع التقادم المنصوص عليها في القانون المدني ، و بالإخطار بعناصر الضريبة أو بالتنبيه علي الممول بأدائها أو بالإحالة إلي لجان الطعن » .

* * *

(١) راجع من تطبيقات القضاء لهذا الإجراء لقطع التقادم : نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ مجموعة من ٢٦ ص ٨٧٣ .

(٢) انظر نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ المجموعة من ٢٦ ص ٨٧٣ وقد بررت هذا الحكم بقولها « لأن الحجز وإن كان يعلن إلى المحجوز لديه إلا أنه يقصد توجيهه فعلاً إلى المحجوز عليه وينصب على ماله » .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٩/٤/٣٠ المجموعة من ٣٠ (ع/٢) رقم ٢٢٨ ص ٢٣٢ .

ب - ما يرجع إلي المدين :

٥٣٢- كذلك « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً » (مادة ١/٣٤٨) ، شرط أن يكون ذلك الإقرار « كاشفاً عن نية المدين الإقرار بالدين » ^(١) ، بما لا يزمه أن يكون منظوياً « علي إرادة المدين النزول عن الجزء المنقضي من مدة للتقادم » ^(٢) .

٥٣٣- واستخلاص معني الإقرار الضمني (بحق الدائن) القاطع للتقادم ، من مسلك المدين ، هو من المعائل الموضوعية التي تترك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تستقل بها بلا رقابة عليها من محكمة النقض ^(٣) .

ومن أمثلة هذا الإقرار الضمني : أن يطلب المدين من دائته أجراً للوفاء بالدين ^(٤) ، أو أن يقوم بسداد فوائد للدين أو جزء من الدين نفسه . علي أن يلاحظ أنه " إذا كان الحق المدعي به متنازعا في جزء منه وقام

(١) نقض ١٩٦٤/١١/١٩ المجموعة ص ١٥ من ١٠٥٠ وفيه رسم المحكمة علي هذا الشرط أنه : " إذا كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت ما احتواه طلب التسوية من حلط بين الدينين ، ومن تقول في أكثر من موضع أن الدين مسند وميتة ، اعترت هذا لبسا وغموضا في الإقرار يجعله غير كاشف عن نية المدين في الاعتراف بالدين ، وهو ما يلزم توافره في الإقرار للقاطع للتقادم ، فإن هذا للتعامل الساتح يكفي لحمل قضاء الحكم المطعون فيه ، ويكون للنعي عليه بالتصور علي غير أساس " ، وانظر أيضا ، نقض ١٩٧٧/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٢ نقض ١٩٥٦/٥/٣١ المجموعة ص ٧ من ٦٤٢ .

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٣ .

(٣) نقض ١٩٧٥/١١/٣٠ المجموعة ص ١٦ من ١١٥٢ ، نقض ١٩٥٥/١٢/٨ المجموعة ص ٦ من ١٣٧٣ ، نقض ١٩٦٤/١١/١٩ المجموعة ص ١٥ من ١٠٥٠ .

(٤) نقض ١٩٧٨/١٢/١٤ المجموعة ٢٩-٣٧٢-١٩٢٧ .

المدين بسداد القدر غير المتنازع فيه ، فإن هذا الوفاء لا ينطوي علي إقراره بمديونيته بالجزء من الحق موضوع النزاع أو نزوله عما انقضي من مدة التقادم بالنسبة إليه " (١) .

ومن أمثلته أيضاً من تطبيقات القضاء :

— " إيداع المدين ، الدين ، خزنة المحكمة لئمة الدائن " فهذا الإيداع " يتضمن إقراراً من الأول بحق للدائن وبالتالي يقطع التقادم ، ويظل أثر هذا الإيداع في قطع التقادم مستمرا طوال مدة الإيداع ولا ينتهي هذا الأثر إلا بسحب المودع لوديعة إذ في هذا الوقت فقط ينتهي أثر الإقرار بالحق ويبدأ تقادم جديد " (٢) .

— و " تقديم الطاعن (المدين) طلب تسوية دينه إلي لجنة التسوية العقارية " فهو " يعتبر إقراراً منه بالمديونية يقطع التقادم " (٣) .

— و " إجماع الدائن (للذي رفع الدعوي يطالب بدينه) ديناً لمدينه في ذمته ، في الحساب الذي أوضحه في عريضة دعواه " ، وكذلك " طلبه استئزال هذا الدين مما له في ذمة المدين يعتبر (أي هذا المسالك المزدوج) إقراراً من الدائن من شأنه قطع مدة تقادم دين مدينه " (٤) .

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٧ مشار إليه في معوض عبد التواب من ٧٥٢ ، ٧٥٣ .
وتبعاً لذلك قضت محكمة النقض بأن : " وفاء المستأجر بالقدر غير المتنازع عليه من الأجرة لا ينقطع به سريان التقادم الخمسي بالنسبة للقوق الأجرة المتنازع عليها " نقض

١٩٧٨/١٢/٢٧ المجموعة ٢٩-٣٧٣-١٩٢٧

(٢) نقض ١٩٦٨/٤/٢٥ المجموعة من ١٩ ص ٨٦٢ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١١/٣٠ للمجموعة من ١٦ ص ١١٥٢ (وكان المدين — في هذه الدعوي — يدفع بسقوط الأحكام المنفذ بها بالتقادم) .

(٤) نقض ١٩٥٨/١/٢ المجموعة من ٩ ص ٤٣ .

وقد اعتبر المشرع ، نفسه ، من قبيل الإقرار الضمني " أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأميناً لوفاء الدين " م/٣٨٤-٢ . وبهذه المناسبة نذكر بما قلناه في موضع سابق أيضا من أن بقاء العين المملوكة للمدين تحت يد الدائن للحايب بعد بدوره اعترافا ضمنيا مستمرا من جانب المدين بوجود الدين بما يحول دون سقوط هذا الدين بالتقادم ^(١) .

" أما وجود الرهن للرسمي والامتياز والاختصاص وقيد هذه الحقوق وتجديد قيدها ، فليس من شأنها جميعا قطع التقادم ، لأن للمدين لا ينسب إليه في هذه الحالة أمر مادي ينطوي على إقرار ضمني بالدين ، ومجرد وجود تأمين يكفل حق الدائن لا يكفي في هذا الشأن " ^(٢) .

٥٣٤- وبالمقابلة ، قضي بأنه لا يعتبر إقرارا بالدين ينقطع به

التقادم :

— " رفع المدين دعوي ببراءة نفعه من الدين " ^(٣) .

— ولا : " الكتاب المرسل من أمين للنقل إلى المرسل إليه إذا كان مفاده الوعد ببحث شكوي المرسل إليه وتحري حقيقة الأمر فيها " ^(٤) .

— ولا : " المفاوضات التي تدور بين الناقل والمرسل إليه بشأن تسوية

(١) انظر سابقا بند ١٩٢ .

(٢) الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٤٨ مشار إليها في معوض عبد التواب ص ٧٥٠ .

(٣) نقض ١٩٣٨/١١/١٧ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٠ .

(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ المجموعة من ٧ ص ٦٤٢ .

النزاع بينهما حول المسؤولية عن تلف البضاعة " (١) . إلى غير ذلك من الأمثلة

* * *

٥٣٥- والإقرار ، كما هو معروف ، تصرف قانوني من جانب واحد لا يلزم فيه شكل معين ، وإثباته يخضع للقواعد العامة .

ولكون المقرر ، فيه ، بوجه عام ، هو أن أثره نسبي لا يتعدى المقرر إلى غيره (٢) فإن " إقرار بعض الورثة بالدين الثابت في ذمة مورثهم لا يترتب عليه قطع التقادم بالنسبة لمن عداهم " (٣) .

٥٣٦- هذا ويجري قضاء النقص علي أنه : " بحسب محكمة الموضوع أن يدفع أمامها بالتقادم حتي يتعين عليها أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترها من انقطاع ، إذ أن حصول الانقطاع يحول دون اكتمال مدة التقادم مما يقتضي التثبت من عدم قيام أحد أسباب الانقطاع ، ومن ثم يكون للمحكمة - ولو من تلقاء نفسها - أن تقرر بانقطاع التقادم إذا طالعتها أوراق الدعوي بقيام سببه " (٤) .

أثر انقطاع التقادم :

٥٣٧- فإذا انقطع التقادم لأي من الأسباب السابقة ، سقطت كل المدة السابقة على سبب الانقطاع و« بدأ تقادم جديد يمرى من وقت انتهاء الأثر

(١) فهذه المفاوضات " وإن كانت تصلح سببا لوقف دعوي المسؤولية المنصوص عليها في المادة ١٠٤ من القانون التجاري متى كان يُستفاد منها قيام المانع من المطالبة ، إلا أنها لا تصلح سببا لقطع التقادم " .

(٢)، (٣) نقض ١٩٦٢/٢/٧ للمجموعة ن ١٣ ص ٧٧٤ .

(٤) نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ مشابر إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٣

المترتب على سبب الانقطاع » (م ٣٨٥) .

والأصل ، أن تكون مدة هذا التقادم الجديد « هي مدة التقادم الأول » (١) م ٣٨٥ / ١ .

ومع ذلك فقد استنتى المشرع من هذا الأصل حالتين التاليتين :

١- « إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، ونقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة » م ٢/٣٨٥ .
، وأساس هذا الاستثناء ، أن التقادم الحولي يبنى على قرينة الوفاء .
فإذا أقر المدين بحق الدائن سقطت هذه للقرينة ، ونقطع التقادم ،
وبدأ من جديد تقادم عادي في السريان بشأن هذا الحق .

٢- إذا كان الدين مما يتقادم بأقل من خمس عشرة سنة (خمسيا ، أو ثلثيا ، أو حوليا) ، وطلب به الدائن قضاء ، ثم حكم له بالدين « وحاز الحكم قوة الأمر المقضي » ، فإن حق الدائن لا يسقط بعد ذلك إلا بهضي مدة خمس عشرة سنة (٢) . علي أن يلاحظ ، أن المقصود بالحكم الحائز قوة الأمر للمقضي في هذا الصدد ، أو في عبارة أخرى الذي يترتب عليه هذا الأثر ، هو " حكم الإلزام ، لما له (أي لهذا النوع من الأحكام) من قوة تنفيذية تزيد من حصانة الدين

(١) انظر نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٤٥ ، وفيه قضت المحكمة بأنه : « . . . يحتفظ التقادم الذي يبدأ في السريان بعد الانقطاع بصفات التقادم الذي قطع ويبقى خاضعا لنفس القواعد التي تحكمه » ، وانظر أيضا : نقض ١٩٤٨/١٢/١٣ مشار إليه في نفس المرجع ص ٧٥٤ ، ٧٥٥ .
(٢) انظر الأعمال للتحضيرية (في شأن تقادم خمسي قبل الانقطاع) مشار إليها في معوض عبد التواب ص ٧٥٤ ، وانظر — من تطبيقات القضاء في نفس الفرض ، نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مشار إليه في نفس المرجع ص ٦٩٩

وتمدّه بسبب جديد للبقاء " وذلك " خلافاً للحكم الذي يقتصر علي مجرد تقرير الحق المدّعي دون إلزام المدعي عليه بأداء معين ، فهو لا يصلح ولو حاز قوة الأمر المقضي سنداً لتنفيذه يُمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بإجراءات التنفيذ الجبري " (١) .

٣- إنما يستثني من هذا الاستثناء فرض ما لو « كان الدين المحكوم به ، متضمناً لالتزامات دورية متجددة ، لا تستحق إلا بعد صدور الحكم »

(١) نقض ١٩٧٨/١١/٢٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٥ ، وفي نفس المعنى : نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ المجموعة ٣٠ (ع ١) - ١٢٠-٦٤١ ؛ ونقض ١٩٧٩/١/٣١ المجموعة ٣٠- (ع ١) - ٨٧-٤٥٥ ؛ نقض ١٩٨٣/٥/٥ ، نفس المرجع ص ٧٥٧ ، نقض ١٩٨٢/١٢/٩ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٦ ، ٧٥٧ وقد جاء فيه :

" لما كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدني فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حاز قوة الأمر المقضي - تستبدل التقادم الطويل للدين بالتقادم القصير متى عززه حكم يثبت ويؤكد له من قوة الأمر المقضي فيه ما يحصنه ، وكان الحكم بالتعويض المؤقت - وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يحدد الضرر في مده ، يعرض للمسؤولية التصديرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرميه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق لوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر = المقضي ، ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهي بظاهر النص حسيبه في استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لم يكن قابلاً بعد للتنفيذ الجبري ، ولا يسوغ أن يقتصر الدين الذي أرساه الحكم علي ما جري به للمنطوق رمزاً له ودلالة عليه ، بل يمتد إلي كل ما يتبع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوي لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين يستكملة بتعيين مقداره ، فهي بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خُصص إلي رفض الدفع بسقوط دعوي التعويض بالتقادم الثلاثي علي سند من قوله بأن دعوي تكملة للتعويض وقد رُفعت بعد القضاء بالتعويض المؤقت - لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ابتداءً من تاريخ صدور الحكم الجنائي النهائي - يكون قد أصاب صحيح القانون ... "

م ٢/٣٨٥ ، فإن هذه الائتلافات لا تسقط إلا بمضي خمس سنوات على استحقاق كل منها . كما لو قضى للمؤجر بمتجدد الأجرة وبإلزام المستأجر بدفع ما يستجد منها . فعندئذ يتقادم الحق في متجدد الأجرة بـ خمس عشرة سنة ، أما الحق في كل أجرة على حدة مما سيستحق ، فإنه ، باعتباره ديناً دورياً متجدداً ، يتقادم بـ خمس سنوات من وقت استحقاقه ^(١) .

المطلب الرابع

أحكام التقادم

وجوب التمسك بالتقادم :

٥٣٨- لم يكن من المتصور - في الواقع - وأياً كانت اعتبارات المصلحة العامة التي تسند نظام التقادم المسقط ، أن يجعل المشرع لهذا النظام أثراً ذاتياً يترتب بقوة للقانون بمجرد اكتمال مدته ، لأن الذين هنا يسقط دون وفاء به من جانب المدين ولا تنازل عنه من جانب الدائن ، وقد يأبى على المدين ضميره أن يهدر حق الدائن بهذا الشكل ^(٢) . بما يجعل من الضروري أن يعلق الأثر المسقط للتقادم على إرادة من جانب المدين . وهو ما أخذ به المشرع حين قضى في المادة ١/٣٨٧ بأنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ^(٣) » ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب

(١) وتضيف محكمة النقض إلى هاتين الحالتين الاستثنائيتين ، حالة ما إذا كان الدين قد " حصل تجديده " ، انظر في ذلك ، وفي تطبيق لهذه الحالة الثلاثة : نقض ١٩٤٨/١٢/١٣ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٥٤ ، ٧٥٥ .

(٢) انظر في هذا المعنى : جوجلار (دروس ملزو) بلد ١١٨٩ .

(٣) ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسيان على هذا المعنى ، حتى ولو كتبت كل شروط التقادم متوافرة : انظر جوجلار بـ ١١٨٩ ، شيفالبييه ، تعليق في (رت ١٩٦٥-٣٤٣) ، نقض ١٩٥٣/٣/٢٣ (د . ١٩٥٣ - ٣٣٧) ، نقض ١٩٧١/٥/٥ (د . ١٩٧١ - ٤٧٠) وتطبيق هويه .

المدين (١) ... » . ويفهم من هذا النص ، أن الالتزام لا ينقضى من تلقاء نفسه بمجرد اكتمال مدة التقادم ، وإنما يتعين لذلك أن يتمسك المدين بهذا الانقضاء ولا يجوز للمحكمة أن نقضى به من تلقاء نفسها . وهو ما يتفرع عليه أنه - أى المدين - إذا أوفى بالدين رغم اكتمال مدة التقادم فإنه إنما يسند بذلك التزاما لا يزال - على حاله - مدنيا مستحق الأداء (٢) ، ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يسترد ما أوفاه منثرا بأنه سدد ديننا انقضى بالتقادم ، حتى ولو كان وفاؤه قد تم عن غلط ، فى معنى أنه كان يجهل - وقت أن قام به - أن الدين كانت قد اكتملت مدة تقادمه (٣) .

ويقع التمسك بالتقادم عن طريق الدفع ، وهو دفع موضوعى يرد به المدين على مطالبة الدائن له بوفاء للدين . ومن ثم يجوز إيدأؤه « فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية » م ٢/٣٨٧ (٤) .

(١) وبديهي أن الدفع بالتقادم - كدفع موضوعى - لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر نقض مصرى ١٩٧٨/٤/٢٧ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٢٢٥ ص ١١٤٥ .

(٢) فى هذا المعنى : الأعمال التحضيرية لنص المادة ٣٨٦ مشار إليها فى معوض عبد التواب ص ٧٥٨

(٣) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٧ ، ونقض فرنسى (تجارى) ١٩٤٨/٦/٨ (ج ب ١٩٤٨-٢-١٢٠) ، وفى مصر : د . السنهورى ج ٣ بند ٦٦٥ . ولما كان الالتزام الطبيعى لا يكون الوفاء به - بالمقابلة - صحيحاً إلا إذا كان الموفى يعلم طبيعته هذه ، فقد رأى جوجلار - تبعاً لذلك - فى الالتزام المتقادم « التزاماً طبيعياً renforcée » . جوجلار ، الإشارة السابقة .

(٤) وإيدأؤه " فى أية حالة تكون عليها الدعوى " إنما هو - كما تقول محكمة النقض - لأن " الدفع بالتقادم هو وسيلة دفاع يلجأ إليها الخصم للوصول إلى انقضاء الالتزام ، وذلك بخلاف وسائل الدفاع الشكلية التي لا تواجه موضوع الحق المدعى به بل تستهدف الطعن فى صحة الخصومة والإجراءات المكونة لها " نقض : ١٩٧٩/٤/١٢ -

٥٣٩- وكان مؤدى اعتبارات الضمير ، سابقة الإشارة ، أن يجعل المشرع مكتة التمسك بالتقادم للمدين وحده . لكنه في الواقع لم يفعل ذلك ، وإنما رجح بعض مصالح أخرى رأها أجدر بالحماية من هذه الاعتبارات الأدبية . فأجاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم « ولو لم يتمسك به المدين » م ١/٣٨٧ .

ويعد ذو مصلحة في التمسك بالتقادم ، فضلا عن المدين ، خلفه العام ، والمدين المتضامن معه في الدين (حين يكون له أن يتمسك بالتقادم للذى اكتملت مدته بالنسبة لزميله ويقدر حصته)^(١)، وكذلك الكفيل ، وحائز العقار المرهون لضمان دين المدين . بل أكثر من ذلك ، ويرغم اعتبارات الضمير سابقة الذكر والتي تجعل من التمسك بالتقادم مسألة يستقل المدين وحده بتقديرها ، أجاز المشرع صراحة لادئى المدين أن يتمسكوا نيابة عنه بالتقادم، عن طريق للدعوى غير المباشرة (م ١/٣٨٧) بل وأجاز لهم ، إذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، أن يطعنوا في هذا النزول بالدعوى البولصية .

= مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٣ ، وانظر أيضا : نقض ١٩٨٢/٣/٢٨ = مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٠٩ ، ٧١٠ .

إنما لا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض بحسبانه " يعتبر سببا جديدا " فنظر نقض ١٩٧٦/٣/٣١ للمجموعة ص ٢٧ ص ٨٣٨ ، وانظر نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٢ (وقد أسست محكمة النقض ذلك علي أن التقادم لا يتعلق بالنظام العام) .

(١) " إلا أنه إذا أبدي أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع (الدفع بالتقادم) فإن أثره — في نظر محكمة النقض — لا يمتد إلي غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به " انظر نقض ١٩٦٨/٤/٢ المجموعة ص ١٩ ص ٦٨٩ ، وهو قول قد يكون محل نظر . لم هو مسلم به من أنه في التضامن بين المدينين تكون هناك نيابة تبادلية بينهم فيما ينفع

التنازل عن التقادم :

٥٤٠- « لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه »

م ١/٣٨٨ . أى قبل اكتمال مدته ^(١) ، وإلا أصبح هذا النزول المسبق ، شرطاً مألوفاً ودارجاً فى العقود ، يمليه الدائنون على مدينهم مقدماً ، فتهدر بذلك اعتبارات الصالح العام ، التى كانت وراء تقرير نظام التقادم المسقط ^(٢) .

إنما إذا ثبت الحق فى التقادم ، بأكتمال مدته ، جاز للمدين أن ينزل عنه ^(٣) ، إذا رآه وسيلة لبراءة ذمته لا تستجيب والضمير .

ولدى محكمة النقض أنه إذا كان المبدأ أنه " لا يجوز قانوناً النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم " إلا أنه " يجوز النزول عن المدة التى انقضت من تقادم لم يكتمل " ورأت فى " هذا النوع من النزول إنما يقطع للتقادم على أساس اعتباره إقراراً من المدين بحق الدائن " ^(٤) .

٥٤١- والنزول عن التقادم هو " عمل قانوني من جانب واحد يتم

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٩ المجموعة السنة ٣٠ (عدد ١) رقم ٣٧ من ١٣٧ وقد قضت فيه بأن اتفاق المدين على عدم تمسكه بالتقادم المسقط قبل انقضاء مدته هو اتفاق باطل . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٩/١/٩ مثلاً إليه فى معوض عبد التواب ص ٧٦٥ ، ٧٦٦ وقد جاء فيه : " للنص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من القانون المدني على أنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . . . يدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلاً متى تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لا يجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين " .

(٢) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٨٩ .

(٣) انظر نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ المجموعة السنة ٢٩ رقم ٣٨٥ من ١٩٧٧ .

(٤) نقض ١٩٦٩/١/٣٠ المجموعة من ٢٠ من ٢١٠

بمجرد إرادة للمتأثر وحدها بعد ثبوت الحق فيه .

" ولا يخضع هذا النزول لأي شرط شكلي فكما يقع صراحة بأي تعبير عن الإرادة بفيد معناه ، فإنه يجوز أن يكون ضمناً يُستخلص من واقع الدعوي ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التي تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه " (١) . وهي مسألة يستقل بتقديرها ، علي أي حال ، قاضي الموضوع (٢) لا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض شرط أن يكون تقديره سائغاً (٣) ، أو بتعبير آخر : شرط أن تكون الوقائع التي يستخلص منها هذا التنازل الضمني قاطعة في الدلالة علي معناه (٤) فهذا النزول لا يفترض ولا يؤخذ بالظن " ، ولا يستفاد بذاته من مجرد التراخي في التمسك بالتقادم (٥) . باختصار ، الشك فيه يؤول إلي نفيه .

ومن أمثلة هذا التنازل الضمني : أن يطلب المدين مهلة من الدائن (لسداد الدين) بعد اكتمال مدة التقادم . وإقرار المدين بعدم الوفاء بالدين الذي انقضي بمضي خمس سنوات ، أجاز القضاء كذلك اعتباره نزولاً عن

(١) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٥ .

(٢)،(٣) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار

إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٦ .

(٤) لذلك رأيت محكمة النقض — في دعوي كان للطاعنون فيها ، بعد أن أشاروا في الطلب المقدم منهم إلي المظنون عليهم إلي أن الحكم المنفذ قد سقط بالتقادم أبداً رغبته في دفع الدين المحكوم به ومصاريفه دون التوائد — أن للحكم المطعون فيه ، إذ استخلص من هذه العبارة التي كان مقتضاها الصحيح أن الطاعنين يتسكنون بالتقادم بالنسبة للتوائد — أن النزول عن التقادم يشمل التوائد ، وقضي برفض دعوي الطاعنين ببراءة ثمتهم منها ، هذا الحكم رأته محكمة النقض قد انحرف عن المعنى الظاهر للعبارة سائلة الذكر مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون " نقض ١٩٧٥/٢/١٨ المجموعة ص ٢٦ ص ٤٢٩ .

(٥) نقض ١٩٧٩/٤/١٢ مشار إليه في معوض عبد التواب ص ٧٦٦ .

التمسك بالتقادم^(١) . بل إنه — ولئن كان الأصل في التنازل عن التقادم ، أنه لا يُستفاد بذاته من مجرد التراخي في التمسك به — فإنه " من الجائز حمل هذا التراخي محمل النزول الضمني وفقاً للظروف " وإن كان " يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمداً من دلالة واقعية نافذة لمشينة التمسك به " ^(٢) .

٥٤٢- فإذا ثبت نزول المدنين عن التقادم ، ظل الالتزام باقياً فى نمته ، وبدأ تقادم جديد فى السريان ، تماماً كما هو الحال فى انقطاع التقادم بإقرار المدين ^(٣) .

٥٤٣- إنما لا ينفذ هذا النزول فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم م ٢/٣٨٨ . ومن ثم يجوز لهؤلاء الدائنين — بالرغم من أن هذا النزول لا يصدق عليه وصف للتصرف القانونى المفقور ، إذ لا يتضمن إنقاص حقوق المدين ولا زيادة للالتزامات ، وإنما لا يدعو أن يكون مجرد تأييد للالتزام قائم من قبل — أن يطعنوا فى هذا النزول بالدعوى البولصية . ويبدو أن واضعى المذكرة الإيضاحية — وقد جاراهم فى ذلك بعض الشراح — يستندون إلى ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ ، من ضرورة أن يكون المتنازل عن التقادم أهلاً للتصرف فى حقوقه ، حين اعتبروا هذا النزول من قبيل التبرعات ، ومن ثم أجازوا للدائنين الطعن فيه دون حاجة لإثبات الغش أو

(١) انظر نقض ١٩٧٨/٦/١٥ مشار إليه فى معوض عبد التواب ص ٧٦٥ .

(٢) نقض ١٩٧٩/٤/١٢ سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٧٢/٢/١٧ المجموعة

من ٢٣ ص ٢١١ ، نقض ١٩٧٨/١/١٠ المجموعة من ٢٩ رقم ٣٢ ص ١٣٩

(٣) ويرتب الفقه الفرنسى نفس النتيجة على الفرض الذى يتنازل فيه المدين عن

التمسك بالتقادم خلال سريانه . انظر : مارتى ورينو بند ٨٧٤ ، جوجلار بند ١١٨٩ .

التواطؤ^(١). ونرى - على العكس - مع البعض الآخر ، أن النزول عن التقادم لا يعتبر تبرعا^(٢) ، ما دلم أن الأثر المسقط للتقادم لا يترتب إلا إذا تمسك به المدين . فإذا كان هذا الأخير لم يتمسك به ، أى تنازل عنه ، فإنه بذلك لا يخرج مالا من ذمته وإنما يقتصر على تأييد التزام قائم من قبل ، ومن ثم يجب أن يخضع هذا النزول لأحكام المعارضات فى خصوص الدعى للبوصية .

عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة للتقادم :

٥٤٤- وفقا لصريح نص المادة ١/٣٨٨ ، « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » ، سواء بإطالة مدة التقادم ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة الدائن ، أو حتى بتقصير^(٣) هذه المدة ، حين يكون الاتفاق هنا لمصلحة المدين .

(١) انظر مجموعة الأعمال التوضيرية ج ٢ ص ٣٤٥ ، وأنظر أيضا : د . الصده بند ٢٦٠ ، د . سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٧ .

(٢) من هذا رأى د . السنهورى ج ٣ بند ٦٦١ ، ٦٦٢ ، وهامش ٣ من ص ١١٤٩ ، د . إسماعيل غانم بند ٢٩٠ ، وقارن . د . للجرلوى ، رسائله سابقة الإشارة بند ١٨١ ، د . محمود جمال الدين زكى بند ٦٢٢ ، د . جميل الشرقاوى بند ١٣٥ .

(٣) ويرى الفقه الفرنسى - على العكس - أن الأصل هو صحة الاتفاق على تقصير مدة للتقادم ، حيث يكون هذا الاتفاق فى مصلحة المدين . أنظر : مشترك بند ٢٥٠٤ ، مارتى وريونو بند ٨٦٧ ، وأنظر أيضا : نقض فرنسى ١/٣١/١٩٥٠ (د . ١٩٥٠ - ٢٦١ وتعليق ليربور - بيجولير ، ص ١٩٥٠ - ١ - ١٢١ وتعليق نيبويه ، ج . لك . ب . ١٩٥٠ - ٢ - ٥٥٤١ وتعليق أ . فيل) .

على أن هذا الأصل يرد عليه قيدان : أولا : ألا يكون من شأن هذا الاتفاق أن تكون مدة التقادم بالغة تقتصر حتى أنه لا يبقئ أمام الدائن تقريبا من الوقت ما يمكنه من المطالبة القضائية بحقه (انظر ب . د . يسمى . حسن الدين ٢/٢٦/١٩٢٩ -

وحظر الاتفاق على إطالة مدة التقادم ، أمر مفهوم وواضح ، إذ هو التكملة للضرورة لحظر النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . ولولاه لأمكن للدائن أن يفرض على مدينه أن ينزل له عن التقادم مقما ، بشكل غير مباشر ، حين يتفق معه على إطالة مدته إلى أمد بالغ الطول (١) ، (٢) .

كما أن حظر الاتفاق على تقصير مدة التقادم لمصلحة المدين ، هو أمر مبرر أيضا ، رغم ، أن العكس قد يبدو للوهلة الأولى . وذلك لأن المدين - في بعض الأحيان - قد يكون هو الطرف القوي في العقد ، كشركات نقل الأشخاص أو البضائع ، بما يخشى معه أن يفرض هذا المدين تقصير مدة التقادم على دلتته . ولذلك يجيز المشرع ، في بعض الحالات واستثناء من أصل حظر الاتفاق على تعديل مدة التقادم ، ما إذا كان هذا التعديل لمصلحة الطرف الضعيف في العقد كما هو الحال في عقد التأمين .

د . ١٩٢٩ - ٣٠٥ ، بريجيو المدنية ١٩٥٤/٧/٦ ج . ب ١٩٥٤ - ٢ - ٢٧٨ ، ر . ت ١٩٥٥ - ٣٣٠ وتطبيق هنري وليون ملرو () . ثانيا : حالة ما إذا نص القانون صراحة على بطلان هذا الاتفاق في فرض خاص . ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٢٦ من قانون التأمين الفرنسي الصادر في ١٣ يولية ١٩٣٠ . أنظر في تفاصيل هذه القيود : ستارك بند ٢٥٠٤ .

(١) في هذا المعنى : ملرتي وريزو بند ٨٦٦ ، جوسران بند ٩٩٠ ، كولان وكابيتان ودي لامورانديير بند ٣٦٤ .

(٢) ومع ذلك يقصر الفقه الفرنسي بطلان الاتفاق ، على الإطالة المتفق عليها لحظة التعاقد . ولا يرى ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على إيقاف التقادم ، الذي بدأ مريانه ، مؤقتا ، ريثما مثلا يتم بحث مسألة متعلقة بوجود الدين نفسه . أنظر في هذا المعنى . كولان وكابيتان ودي لامورانديير بند ٣٦٤ ، جوسران بند ٩٩٢ .

فالدعوى الناشئة عن هذا العقد تتقادم بمضى ثلاث سنوات . ومع ذلك يجيز
المشرع ، التعديل في هذه المدة لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد
(م ٧٥٢ ، ٧٥٣) .

ما يترتب على التقادم من آثار :

٥٤٥- ويترتب على التقادم بعد ^(١) للتمتع به « انقضاء الالتزام »
م ١/٣٨٦ ^(٢)، لتسقط معه كذلك « الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل
مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات » ^(٣) م ٢/٣٨٦ . ولولا هذا

(١)، (٢) هذا هو صريح نص المادة . وبذلك يكون المشرع المصري قد حدد
الموقف الذي يختاره بين الآراء التي اختلفت حول تأصيل سقوط الدين بالتقادم أو بعبارة
أخرى قد أجاب علي التساؤل حول محل التقادم وما إذا كان هذا يرد علي الالتزام نفسه
(لو الدين / أو الحق) لم أنه يرد علي الدعوى . ففي الموضوع عدة اجتهادات : إذ من
قاتل بأن التقادم يرد علي الالتزام فيسقط منه عنصر المسؤولية فقط (دون عنصر
المديونية) (وهؤلاء يمثلون النظرية الجرمانية) إلي قاتل بأن التقادم يلحق بالدعوى دون
الحق (وهؤلاء هم جانب من أنصار النظرية الحديثة التي تميز تمييزاً دقيقاً بين الحق
والدعوى ونرى أن هذين يختلفان في كل من السبب والمحل والأثر — وفكرهم يقترب
كثيراً من فكر الفقه الإسلامي الذي فيه لا يُسقط التقادم الحق ذاته ولكنه يقتصر علي أن
يمنع مناع الدعوى بالحق) ، فيما يري اتجاه ثالث أن التقادم يلحق كلا من الدعوى
والحق معاً ، لينتهي السنيهوري إلي القول بأن " هذه الآراء جميعاً لها أهميتها الفقهية ولكن
النتيجة العملية واحدة فيها جميعاً " ، أنظر السنيهوري الوسيط ، الجزء الثالث الطبعة
الثانية (١٩٨٤) بند ٦٧٤ ص ١٤٠٠ ، ١٤٠١ . وانظر عرض تفصيلي لهذه الآراء
جميعاً ولانصار وحجج كل رأي ، في نفس المؤلف البنود من ٦٧٢ إلي ٦٧٤ ، الصفحات
من ١٣٩٥ إلي ١٤٠١ .

(٣) انظر من تطبيقات القضاء المصري : نقض ١٩٧٦/١١/١٤ المجموعة ٢٧

عند ٢) رقم ٢٩٥ ص ١٥٧٩ .

النص ، لبقيت فوائد الخمس سنوات الأخيرة مستحقة للدائن باعتبارها ديناً دورياً متجدداً لم تكتمل مدة تقادمه .

ويؤسس بعض الشراح هذه النتيجة ، على أساس من فكرة الأثر الرجعي لانقضاء الالتزام بالتقادم ، إذ يجعلون هذا الانقضاء من وقت بدء سريان التقادم وليس من وقت اكتمال مدته ^(١) . ومع ذلك يعودون فيستدركون من هذا الأثر للرجعي ، ما لو كان المدين قد سبق أن أوفى بجزء من الدين ، فلا يجيزون له استرداده ، مع أن مكنة هذا الاسترداد هي النتيجة المنطقية لفكرة الأثر الرجعي للتقادم . ولذلك نفضل — مع البعض الآخر — تأسيس سقوط ملحقات الالتزام مع سقوط أصله ، على أساس من فكرة تبعية الفرع للأصل ^(٢) .

٥٤٦- غير أنه ، رغم انقضاء الالتزام بالتقادم ، إلا أنه يتخالف عن هذا الانقضاء ، في ذمة للمدين ، التزام طبيعى (م ١/٣٨٦) . وهو ما دعا البعض من الشراح إلى القول بأن التقادم يسقط من الالتزام عنصر المسؤولية فيه فقط ، دون عنصر المديونية ^(٣) ، ^(٤) .

(١) فى هذا المعنى : د. السنهورى ج ٣ بند ٦٦٨ ، د. إسماعيل غانم بند ٢٨٩ ، د. الصده بند ٢٥٩ ، د. سليمان مرقس ١٩٥٧ بند ٤٣٥ ، وضمنا د. جميل الشرفاوى بند ١٣٦ .

(٢) د . عبد المنعم البهلولى : النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ١٩٧٣ ج ٢ (أحكام الالتزام) بند ٤٣٧ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : جوجلار بند ١١٦٣ ، د. إسماعيل غانم بند ٢٨٩ ، (٤) راجع — بوجه عام — فى بسط تأصيل سقوط الدين بالتقادم : د. السنهورى ج ٣ البنود ٦٧٢ - ٦٧٤ (وهو يرى فى البند ٦٧٤ أن التقادم يسقط كلا من الحق وللادعى (التى تحميها) ، د. اللبراوى ، رسالته سابقة الإشارة بند ٢٢٤ وما بعدها (وهو يرى فى البند ٢٦٨ أن التقادم يسقط للادعى فقط دون الحق) ، ومن للرأى الأخير =

إنما " يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً ألا يكون مخالفاً للنظام العام . ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يخالف عنه التزام طبيعى " . هذا ما أكتنه - بحق - محكمة النقض في أحد أحكامها ، وقد ربيت عليه أنه : " متى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه ، بعد سقوطها بالتقادم ، يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصح استرداده ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون " (١) .

مدد التقادم ، ومواعيد السقوط (٢) :

٥٤٧- وإلى جانب ما جعله المشرع لمضى المدة من أثر فى إسقاط الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) (٣) على النحو الذى تقدم ، تستلزم كثير

= أيضاً : جوجلار بند ١١٨٧ ، كاربونيه بند ١٣٩ من ٥٠٨ ، كولان وكابيتان ودى لاموانتيير بند ٣٧١ .

(١) نقض ١٩٥٥/٣/٢٤ المجموعة س ٦ من ٨٦١ .

(٢) راجع فى هذا الخصوص :

VASSEUR (Michel) : Délai prefix, délai de prescription, délai de procédure . R.T 1950 P. 439 - 472 .

جوجلار ، تعليق على نقض (جلالى) ١٩٦٦/٥/١٧ (ج.ك.ب ١٩٦٦-٢-)

١٤٧٠٣ (جوجلار وبونافيس : تعليق على نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج.ك.ب ١٩٦٩-٢-)

١٥٨١٤ مكرر) ، كاربونيه مقال المجلة الفصلية ١٩٥٢ سابق الإشارة ص ١٧١-

١٨١ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ ، مارتى ورينو بند ٨٥٩ ، ستارك بند

٢٤٩٤ ، ٢٥٠٣ ، ولى مصر السهورى ، الوسيط ج٣ للصفحات من ١١٦٨ إلى

١١٧٤ بند ٥٩٤ د . البدر اوى رسالته سابقة الإشارة خاصة فقرة ٣٣ وما بعدها ،

وفقرة ٤٨ ، ومؤلفه : أحكام الالتزام ١٩٧٣ سابق الإشارة بند ٤٠٣ ، د . الصده بند

٢٥٧ د . إسماعيل غانم بند ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٣) وكذلك الحقوق المعينة (عدا حق الملكية) كما سبق أن أشرنا .

من النصوص ضرورة للقيام بإجراء معين ، وبالأخص رفع دعوى معينة ، خلال مهلة محددة ، وإلا سقط الحق فيه ، وكان اتخاذ هذا الإجراء بعد هذه المهلة عديم الأثر قانونا ، وذلك لا لحماية أوضاع استقرت ، كما هو الحال في التقادم ، وإنما بغية الإسراع في تصفية مراكز معلقة ، دون أن يكون الأمر - على العكس من التقادم - متعلقا بمطالبة دائن لمدينه بوفاء الدين ^(١) . ويقال لهذه المواعيد ، تمييزا لها عن مدد التقادم ، مواعيد السقوط *Délai de déchéance* ، أو المواعيد للمحددة (أو المقطوعة) *Délai préfix* . وهي - في ضوء هدفها سابق التحديد - تتميز بأنها - على العكس من التقادم - لا تقبل أصلا للوقف ولا الانقطاع ، كما لا يجوز أصلا التنازل عنها ولو بعد ثبوت الحق فيها ، ويتعين على القاضى - أصلا - أن يراعيها من تلقاء نفسه . ومثالها : مدة السنة التي تستلزم المادة ١٢٩ مدنى ضرورة أن يرفع ضحية الاستغلال دعوى لإبطال العقد أو إنقاص التزاماته فيه ^(٢) خلالها وإلا كانت غير مقبولة . وكذلك المدد التي تستلزم المواد ٩٤٠ وما بعدها - في خصوص الأخذ بالشفعة - ضرورة أن يعلن الشفيع فيها رغبته في الأخذ بها وإيداع الثمن ورفع دعوى للشفعة ، وإلا سقط حقه فيها . ومدة الثلاث سنوات للتسوى لا تجبز المادة ١/٩٧٧ بعدها للمالك الأصلي للمنقول المسروق أو الضائع أن يطالب باسترداده من تحت يد الحائز حسن النية الذي تملكه بمقتضى قاعدة للحيازة فى المنقول منذ الحائز .. إلخ ^(٣) .

(١) ولا بمطالبة صاحب حق عيني بحقه .

(٢) محسوبة - هذه للمدة من يوم إبرام هذا العقد .

(٣) ومن أمثلتها الشهيرة في فرنسا : مدة العشر سنوات للتسوى يلتزم المهندس المعماري والمقاول بضممان تهدم ما يشيدانه من مبان أو يقيمانه من منشآت ، أو ما يظهر خلالها فيها من عيوب تتهدد متانتها أو تجعلها غير صالحة للغرض المخصصة له . =

وكثيراً ما يدق - فى الواقع تحديد ما إذا كان الأمر يتعلق بمدة تقادم أو بميعاد سقوط . وقد تكشف عبارة النص فى بعض الأحيان عن نوع المدة التى قصدها المشرع ^(١) ، وإلا تعين فى هذا الشأن للبحث عن الهدف المتوخى من تحديد المهلة ، أو كما عيرت محكمة للنقض المصرية ، تعيين البحث فى كل حالة على حدة « لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت إلى تعيين المدة فيها » ^(٢) . فإذا كان هذا الهدف هو وجوب الإسراع فى تصفية مراكز ليس من المصلحة بقاؤها معلقة مدة طويلة ، كان الأمر يتعلق بميعاد سقوط .

والملاحظ فى فرنسا أن القضاء فى الآونة الأخيرة ، بدأ يقلل من الفوارق بين مدد التقادم ومواعيد السقوط ^(٣) . فقد قبلت بعض الأحكام وقف النوع الأخير من المواعيد متى كان قد استحال على الدائن ، إثر قوة قاهرة ، رفع الدعوى فى المهلة المحددة ^(٤) . بل ورتب بعضها على رفع الدعوى خلالها انقطاع هذه المواعيد ، ولو كانت هذه الدعوى قد رفعت أمام محكمة

= انظر بحثنا سابق الإشارة إليه « مسئولية مهندسة ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى » بند ٢٤٣ .

(١) ومع ذلك ، قضت محكمة للنقض الفرنسية بأن التعبير *Sous Peine de déchéance* الذى يرد فى نص مادة ما ، فى شأن مهلة ، لا يعنى بالضرورة أن الأمر يتعلق بميعاد سقوط . انظر نقض ١٩٧١/٣/٢ (ج .ك .ب ١٩٧١ - ٤ - ١٠٣) .

(٢) نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ أشار إليه د . إسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ ، وفى هذا المعنى أيضاً د . إسماعيل غانم بند ٢٩٢ ، جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

(٣) أشار إلى ذلك جوجلار (دروس مازو) بند ١١٧٠ .

(٤) انظر : نقض (عرئض) ١٩٤٦/١١/٢٥ (د . ١٩٤٨ - ٣٢١) وتعليق ج - هولو) ، (ر .ت ١٩٤٧ - ١٨٦) وتعليق لاجارد) ، وانظر أيضاً تعليق فسواران على نقض ١٩٥٥/١٢/١٣ (د . ١٩٥٦ - ١٩٣) ، ولنظر فى تأكيد هذا الاتجاه ، والنوصية بتسميمه : كاربونييه مقال المجلة الانتقادية ١٩٣٧ سابق الإشارة إليه .

غير مختصة ^(١) . والحل الأخير أخذت به أيضا محكمة النقض في مصر في بعض أحكامها ^(٢) .

نعم بعرض (التي تعار)

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٤ (ج ك ب ١٩٦٩ - ٢ - ١٥٨١٤ مكرر)
سابق الإشارة إليه ، نقض ١٩٥٦/١٠/١٧ (ر ت ١٩٥٧ - ١٧٥ وتعليق رينو) .
(٢) انظر نقض ١٩٥٣/١١/٥ أشار إليه د . إسماعيل غانم ص ٤٥٦ هامش ١ .

قائمة المراجع

أولاً - بالعربية

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل :
العقد غير اللازم (دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين
الوضعية) ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٤ .
- أحمد حشمت أبو ستيت :
نظرية الالتزام في القانون المدني المصري - ١٩٤٥ .
- أحمد مرزوق :
في نظرية الصورية في التشريع المصري - رسالة القاهرة ١٩٥٨ .
- إسماعيل غانم :
النظرية العامة للالتزام ج٢ (أحكام الالتزام والإثبات) - ١٩٦٧ .
- أنور سلطان :
النظرية العامة للالتزام ج٢ (أحكام الالتزام) . بدون تاريخ .
- برهام محمد عطا الله :
أساسيات نظرية الالتزام - ١٩٨٢ .
- ثروت حبيب :
الالتزام الطبيعي (حالاته وآثاره) - ١٩٦١ .
- جميل الشوقوي :
النظرية العامة للالتزام ، للكتاب الثاني (أحكام الالتزام) - ١٩٨٣ .
- خالد ممدوح إبراهيم :
حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية ، دراسة مقارنة . ٢٠٠٧ .
- سليمان مرقس :
- أحكام الالتزام - ١٩٥٧ .
- موجز أصول الالتزامات - ١٩٦١ .
- سمير عبدالمسيد تافو :
نظرية الالتزام - ١٩٧٥ .

- شفيق شعانه :
- حوالة للحق في قوانين البلاد العربية - ١٩٥٤.
- شمس الدين الوكيل :
- دروس في الالتزامات - ١٩٦٠-٥٩ .
- عبدالرازق حسن فرج :
- الإبراء من الالتزام (دراسة مقارنة) - ١٩٧٦.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري :
- ١- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد .
- الجزء ٢/ (مجلد/١) : الإثبات.
- الجزء ٢/ (مجلد/٢) : آثار الالتزام ١٩٥٦.
- الجزء ٣/ (مجلد/١) : الأوصاف . الحوالة ١٩٥٨.
- الجزء ٣/ (مجلد/٢) : فناء الالتزام.
- الجزء ٤/ : البيع.
- الجزء ٤/ : العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة) ١٩٦٠ .
- الجزء ٧/ (مجلد/١) : العقود الواردة على العمل (المقاوله.....).
- الجزء ٧/ (مجلد/٢) : عقود الغرر وعقد التأمين.
- عبدالفتاح عبدالجبار :
- دروس . أحكام الالتزام (بدون تاريخ) .
- عبدالمنعم البدرأوى :
- أثر مضي المدة في الالتزام . رسالة للقاهرة - ١٩٥٠.
- النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري) ج ٢ أحكام الالتزام ١٩٦٨ .
- العقود المسماة (الأجل والتأمين) ١٩٦٨ .
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ج ٢ أحكام الالتزام - ١٩٧٣ .
- عبدالمنعم فرج الصده :
- أحكام الالتزام - ١٩٥٥.
- عبدالناصر توفيق الحنظل :
- الأجل في الالتزام . رسالة للقاهرة - ١٩٦٤ .

- عبد الباقى يحيى :

- حولة الدين . دراسة مقارنة فى الشريعة الإسلامية والقانون الألمانى
والمصرى . رسالة للقاهرة ١٩٥٧ ط/ ١٩٦٠ .

- دروس فى النظرية العامة للالتزامات . جـ (أحكام الالتزام
والإثبات) ١٩٨٠ .

لنحى عبد الصبور :

الحكم بالحس لدين النفقة (صدوره وطبيعته والإشكال فيه) بحث
منشور بالمجموعة الرسمية للأحكام والبحوث القانونية ، العدد ٣/ السنة
٦١ سبتمبر ١٩٦٤ ص ٨٩٩ وما بعدها

- محمد النصفى رشدي :

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة " مع التركيز على البيع بواسطة
التليفزيون " ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨

- محمد شكرى سرور :

- شرح أحكام عقد التأمين ، دار النهضة العربية ١٩٩٢ .
- مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دراسة
مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى) .
دار الفكر العربى ١٩٨٥
- التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك بحث مقدم لمؤتمر
الحوالء للقانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية " دى ، الإمارات
العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دى ، ٢٦-٢٨ إبريل ٢٠٠٣ ،
منشور فى مجلد بحوث المؤتمر ، الصادر عن مركز البحوث
والدراسات بالأكاديمية ، مجلد ٢ ، الصفحات من ٩٩ - ١٥٦ .

- محمد عباس السامرائى :

انتقال الالتزام بين الأحياء ، فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن .
رسالة كلية للشريعة والقانون ، جامعة الأزهر - ١٩٧٦ .

- محمد هزمى البكرى :

موسوعة الفقه والتضاء (الأحوال الشخصية - ج/ ٢) .

- محمد لبيب شنب :

شرح أحكام عقد المقاولاة طبعة ١٩٦٢ .

- محمد محمود فرة :
الحق في الحبس كوسيلة للضمان - دراسة مقارنة بين القانون المدنى
والفقه الإسلامى . رسالة القاهرة ٢٠٠٧ .
- محمد يوسف موسى :
الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ١٩٥٢ .
- محمود جمال الدين زكى :
الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى . ط٣
- ١٩٧٨ .
- مصطفى محمد الجمال :
الوجيز فى القانون المدنى (القانون بوجه عام . نشوء الالتزام . أحكام
الالتزام) - بنون تاريخ .
- معوض عبد التواب :
مدونة لقانون المدنى الجزء الأول ١٩٨٧ .
- نبيلة رسلان :
عقد للمقابلة ١٩٩١ .
- محيى الدين إسماعيل علم الدين :
شرح قانون للتجارة الجديد طبعة ١٩٩٩ .

ثانياً - بالفرنسية

1- Thèses et ouvrages generaux et speciaux

BOURGUIGNON (P) :

- Notion juridique de l'interposition de personne. Thèse Paris ~ 1960.

GARBONNIER :

Droit civil. T. 4 (les obligations) - 1969.

CATALA (Nicole) :

La nature juridique de payement - 1961.

COLIN (A) et CAPITANT (H) : avec le concours de. **DE LA MORANDIERE :**

Cours élémentaire de droit civil français. T 2 3 éd. 1935.

DAGOT (M) :

La Simulation en droit privé - 1967.

- DE L'ISLE (G. B) :**
Droit des assurances . 1973.
- GAUDEMET (E) :**
Théorie générale des obligation. publié par :
- DEBOIS (H) et GAUDEMET (J) :** 1965.
- HAILECOURT (Marcel) :**
Des obligations solidaires en droit Allemand et en droit Français.
Thèse Bordeaux - 1911.
- JOSSEERAND (L) :**
Cours de droit civil positif français. T. 2, 2 éd. - 1933.
- LAMBERT - FAIVRE (Yvonne) :**
Droit des assurances. 1973.
- MARTY (G) et RAYNAUD (P) :**
Droit civil T/2 (1. et. Vo : les obligations) - 1962.
- MAZEAUD (H.L. et J) : par JUGLART (M. de) :**
Leçons de droit civil. T. 2 5. éd. - 1973.
- MAZEAUD (Denis) :**
La notion de clause pénale. Paris L.G.D.J 1992
- MENDEGRIS (Roger) :**
La nature juridique de la compensation - 1969.
- N. IOANID (Nicolas) :**
De la solidarité imparfaite. Thèse Paris - 1902.
- PICARD (M) et BESSON (A) :**
Les assurances terrestres en droit français To: 1 3 éd 1970.
- PILLEBOUT (J.F.) :**
Recherches sur l'exception d'inexécution - 1971.
- PLANIOL (M) et RIPERT (G) : avec el Concours de . BOULANGER (J) :**
Traité élémentaire de droit civil T. 2, 3 éd. - 1949.
- ROCHET (E) :**
La simulation en droit civil et en droit fiscal Thèse Toulous - 1906.
- STARCK (B) :**
Droit civil (obligations) - 1972.
- LAMBERT - FAIVRE (Yvonne) :**
Droit des assurances. 1973.
- PICARD (M) et BESSON (A) :**
Les assurances terrestres en droit français To: 1 3 éd 1970.

2 - Articles

- ALFANDARI (Elie) :**
Le control des clauses penales par le juge. J.C.P. 1971-1-doet-2395.

ALLIX (Dominique) :

Reflexions sur la mise en demeure. J.C.P. 1977-1-doct-2844.

BOCCARA (Bruno) :

La liquidation de la clause penale et la querelle seculaire de l'article 1231 du code civil J.C.P. 1970-1-doct-2294.

La réforme de la clause penale : Conditions et limites de l'intervention judiciaire. J.C.P. 1975-1-doct-2742.

BORE (Jacques) :

La liquidation de l'astreinte comminatoire. D 1966-chr-pp. 159-168.

BREDIN (J.) :

Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé. Rev. trim. 1956 pp. 261-289.

CALAIS - AULOY (Jean) :

L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. Rev. trim. dr. civ 1994 p 244

CARBONNIER (J) :

- La règle : « Contra non valentem agree non currit praescription » . Rev. crit. 1937 pp. 155-194.

- Sort de l'hypothèque constituée sur un immeuble faisant l'objet d'une promesse unilatérale de vente. Rev. trim. 1948 pp. 349-350 No. 3.

- Le silence et la gloire. D 1951-chr-pp. 119-122.

- Notes sur la prescription extinctif. Rev. trim. 1952. pp. 171-181.

CATALA - FRANJOU (Nicole) :

De la nature juridique de droit de rétention. Rev. trim. 1967 pp. 9-44.

CHABAS (F) :

- Réflexion sur la compensation judiciaire. J.C.P. 1966-1-doct-2026.

- Remarques sur l'obligation in solidum. Rev. trim. 1967- pp. 310-338.

- La réforme de la clause penale (Loi no 75-597 du 9 juillt 1975). D. 1967-chr- pp. 229-236.

CHAUSSE (A) :

- De la rétroactivité. Dans les actes juridiques. Rev. crit. 1900 pp. 529-547.

CHEVALLIER (Jean) :

- L'obligation alternative. Rev. Trim. 1967 pp. 384-385 No. 3.

- L'article 1152 du code civil Rev. trim. 1969 pp. 116-120 No. 2.

DAGOT (m) :

interposition de personne (Ency. D) T. 4.

DAVID (François) :

De la mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 95-140.

DEMOGUE (René) :

A qui appartient le choix dans les dettes alternatives. Rev. trim. 1929 p. 1092 No. 16.

DERRIDA (F) :

De la solidécrité commerciale. Rev. trim. Comm. 1953 pp. 329-372.

DRAKIDIS (ph) :

Des effets à l'égard des tiers de la renunciation à la Compensation acquise. Rev. trim. 1955. p. 238.

ESMEIN (A) :

L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. Rev. trim. 1903 pp. 5-53.

ESMEIN (Paul) :

- Les astreintes. Leurs nouvelles applications. G.P. 1941-1-doct- pp. 81-83.

- La commercialization du dommage morale. D. 1954 - chr - pp. 113-116.

FREJAVILLE (M) :

L'astreinte, D. 1949 chr - pp. 1-4.

GEBLER (Marie .. Joséphe) :

Les obligations alternatives. Rev. trim. 1969 pp. 1-28.

GEGOUT :

Essai sur la rétroactivité conventionnelle. Rev. crit. 1931 p. 253 et s.

GHESTIN (J) :

Eney. D. sous (Simulation).

HEBRAUD (p) :

Les pouvoirs du juge des référés pour l'exécution des décisions d'expulsion. Rev. trim. 1950 p. 88 No. 5.

JAMBU - MERLIN (R) :

Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques. Rev. trim. 1948 pp. 271-299.

JAUBERT (M) :

De divers cas d'interposition de personne. Rev. crit. 1905 p. 156-175.

J. BOULANGER :

Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques. Rev. trim. Pp. 1-17.

JOSSERAND (Louis) :

L'avènement du concubinat. D. H. 1932 - chr - pp. 45-51.

KAYSER (P) :

- La solidarité au cas de fautes. Rev. crit. 1931 pp. 197-224 .

- L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile. Rev. trim. 1953 pp. 209-246.

LELOUTRE (Amédée) :

- Des cas d'existence et des effets de la condition, Rev. crit. 1912 pp. 232-244 et 291-302.

LOUSSOUARN (Yvon) :

- La condition de l'erreur du « Solvens » dans la répétition de l'indu. Rev. trim. 1949 pp. 212-230.
- Conséquences de la rétroactivité de la condition suspensive. Rev. trim. 1969 p. 564 No. 13.
- De la distinction du terme et de la condition. Rev. trim. 1970 pp. 768-769 No. 13.

MALINVAUD (Ph) :

- La protection des consommateurs D 1981- chro - 49.

MANDE., DJAPOU (J) :

- La notion étroite du droit de rétention. J.C.P. 1976-1- doct - 2760.

MAZEAUD (Henri) :

- Obligation conditionnelle. Condition potestative. Rev. trim. 1939 pp. 225-226 No. 7.
- La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile. D. 1954- chr - pp. 39-44.

MAZEAUD (H. et L.) :

- L'action paulienne peut-elle être exercée par un créancier contre un acte antérieur à sa créance ? Rev. trim 1943 pp. 190-191 No. 9.
- Action paulienne : Complicité du tiers ; action en responsabilité civile. Rev. trim. 1948 pp. 345-346 No. 27.
- Astreint : liquidation avant l'exécution. Rev. trim. 1951 pp. 256-258.
- Astreint prononcée par la juridiction administrative contre le cocontractant de l'administration. Rev. trim 1956 p. 730 No 44.
- Action oblique : inutilité d'un titre exécutoire. Rev. trim. 1958 P. 262 No 38.

MAZEAUD (Léon) :

- L'évaluation de préjudice et la hausse des prix en cours d'irrésistible. J.C.P. 1942-1-doct-275.

MEURISSE (R) :

- Le déclin de l'obligation in solidum. D. 1962- chr - pp. 243-246.

MONTEL (Alberto) :

- Considération en matière de réforme de la prescription. Rev. trim 1936 pp. 637-648.

PAISANT (Gills) :

- La loi du 6 janv. 1978 sur les opérations de vente à distance et le télé-

achat J.C.P 1988 – doc – 3350

PIERRARD (Marie Jeanne) :

Les procédés de preuve du paiement. Rev. trim. 1948 pp. 429-447.

PLANIOL (M) :

De l'action en déclaration de simulation. Rev. crit. 1886 p. 622-642.

RASSAT (Michèle - Laure) :

L'astreinte définitive. J.C.P. 1967-1- doct – 2069.

RAYNAUD (Pierre) :

- La renonciation à un droit R.T. 1936 p. 763 et s.

- Saisie – arrêt; Saisie – exécution : ces voies d'exécution sont – elles possibles à propos d'une astreinte non liquidée ? Rev. trim. 1950 p. 403 No 28.

RIPERT :

Le droit de ne pas payer ses dettes. D. H 1936 – chr – p. 57 et s.

TUNC (André) :

Astreinte provisoire et astreinte définitive. Rev. trim. 1961 p. 502 No 31.

VASSEUR (Michel) :

Délai préfix; délai de prescription, délai de procédure. Rev. trim. 1950 pp. 439-472.

VINCENT (Jenn) :

L'extension de la jurisprudence de la notion de la solidarité passive. Rev. trim. 1939 pp. 601-683.

VITU (André) :

Subrogation légale et droit des assurances. Rev. gén. Des. Ass. Terr. 1946 pp. 231-260.

WEILL (Alex) :

Domages – intérêt compensatoires et mise en demeure. Rev. crit. 1939 pp. 203-266.

3- Notes de jurisprudence

AUBERT (Jean .. Luc) : sous :

- civ. 1/6/1983 D 1984-J-152.

- com. 20/7/1983 D 1984-J-422.

BALLEYDIER (L) :

civ. 5/4/1894 S 1895-1-129.

BECQUE (M) :

civ. 10/4/1948 J.C.P. 1948-2-4403.

BEQUIGNON (ch) :

Paris 24/7/1928 S 1929-2-97.

BESSON (A) :

Lyon 2/3/1943 R.G.A.T. 1943-246.

Civ 5/3/1945 D 1946-1.

BLAEVOET (ch) :

civ. 30/6/1964 (2 esp) J.C.P. 1965-2-14162.

BLONDEAU :

Tr. civ. Seine 4/10/1954 G.P. 1954-2-343.

BOCCARA (Bruno) :

Paris 29/6/1964 J.C.P. 1965-2-14135.

BREAU (chr) :

Toulouse 19/10/1960 D 1962-96.

BRETON (André) :

civ. 14/12/1983 D 1984-J-310.

BRICOUT :

(Rapport) : Req. 17/7/1929 D 1929-1-143.

CHABAS :

com. 21/7/1980 D 1981-335.

COMBALDIEU :

(conclusion) : Paris 11/3/1957 G.P. 1957-1-324.

DAGOT (M) et SPITERI (P) :

Amiens 12/1/1970 J.C.P. 1971-2-16872.

DALANT (R.) :

Paris 23/7/1937 J.C.P. 1938-2-492.

DEBOIS (H) :

Civ. 27/2/1951 D 1951-J-329.

E. K :

Civ. 30/6/1965 G. P. 1965-2-329.

ESMEIN (Paul) :

Civ. 16/1/1962 J.C.P. 1962-2-12557.

FABRE :

(Conclusion) : T.g.i. Paris 3/7/1968 J.C.P. 1968-2-15569.

FLOUR (J) :

civ. 22/2/1944 D 1945-J-293.

FOULON - PIGANOL (c.é.) :

civ. 16/1/1962 S 1962-281.

FREJAVILLE (M) :

sac. 30/11/1950 J.C.P. 1951-2-6089.

GAVALDA (ch) :

- Paris 25/7/1968 J.C.P. 1968-2-15637.
- Paris 23/1/1970 J.C.P. 1971-2-16837.

GHESTIN (J) :

- T.g.i. Nice 24/10/1970 J.C.P. 1971-2-16866.
- civ. 15/1/1980 D 1981-I.r.-312.

G. HOLLEAUX :

- Req. 25/11/1946 D 1948-321.
- civ. 20/10/1959 D 1959-537.

GORE (F) :

- Valence 14/12/1960 D 1961-610.

G. PARLEANI :

- Com. 30/6/1980 D 1982-J-53.

H. A. :

- Paris 2/12/1926 D 1927-2-117

HAMEL (M) :

- Req. 20/10/1920 S 1922-1-201.

HAURIO (M) :

- C.E. 15/11/1922 S 1924-3-33.

H. B. :

- civ 22/5/1967 et Paris 11/3/1967 J.C.P. 1968-2-15334.

H. L. :

- Paris 21/5/1946 D. 1946-403.

HONORAT (A) :

- Civ. 26/1/1981 D. 1982-J-1.

HUBERT :

- civ. 13/4/1923 S. 1926-1-17.

J. A. :

- civ. 1/2/1965. J.C.P. 1965-1-14187.
- civ. 18/1/1967 J.C.P. 1967-15005.

J. E. L. :

- Seine. 9/1/1879 S. 1881-2-21.

J. M. R. :

- Crim. 11/4/1983 D. 1984-I.r.-400.

JUGLART (De Michel) :

- crim. 17/5/1966 J.C.P. 1966-2-14703.

JUGLART (De) et PONTAVICE (E) :

- civ. 4/11/1968 J.C.P. 1969-2-15814 bis.

- LABBE (J. E) :**
civ 30/3/1892 S 1892-1-481.
- LAMAND (F) :**
Civ. 8/6/1963 D. 1964-713.
- LANDRAUD (D) :**
Lyon 20/4/ et 25/2/1982 D. 1983-J-586.
- LARROUMET (Ch) :**
- T.g.i Strasbourg 24/3/1971 D. 1973-16.
- Paris 19/3/1981 D. 1981-I.r-443.
- Civ. 19/1/1982 D. 1982-J-457.
- LENOAN (R) :**
Civ. 10/4/1948 D. 1948-421.
- LEVY (J.Ph) :**
Civ. 10/10/1966 J.C.P 1968-2-15322.
- LINDON (R) :**
T. g. i Paris 31/1/1984 D. 1984-J-283.
- LOUSSOUARN :**
- Civ. 3/10/1968. Rev. trim. 1969-564.
- Com. 3/6/1969. R.T. 1970-351.
- T.g.i. Strasbourg 24/3/1971. R.T. 1972-777.
- L. P. :**
Civ. 5/3/1945 J.C.P. 1945-2-2798.
- LYON - CAEN (Ch) :**
Req. 8/7/1901 S. 1902-1-113.
- MAGNOL (J) :**
Limoge 14/10/1910 D. 1911-2-393.
- MALAUZIE (Ph) :**
civ. 17/1/1984 D. 1984-J-437.
- MARTIN (D) :**
- civ. 24/2/1981 D. 1982-479.
- civ. 11/1/1984 D. 1984-I.r-275.
- MAZEAUD (Henri et Léon) :**
- Paris 5/2/1943 R. T. 1944-117.
- Lyon 2/3/1943 R.T. 1944-38.
- Civ. 5/3/1945 R.T. 1946-36.
- MAZEAUD (Jean) :**
- Civ. 18/1/1967 D. 1967-358;
- Civ. 4/2/1969 D. 1969-601.

- MATHIOT (A) :**
C. E 28/7/1951 S. 1952-3-25.
- MEURISSE (R) :**
Tr. civ. Cherbourg 4/12/1950 S. 1953-2-9.
- MIMIN (P) :**
Req. 21/6/1937 D. 1938-1-28.
- MOURGEON (L) :**
Civ. 30/4/1970 J.C.P 1971-2-16674.
- M. P. :**
Civ. 14/3/1900 D. 1900-1-497.
- MAST (Marcel) :**
Montpellier 7/7/1932 D. 1933-2-97.
- PIC (Paul) :**
Aix 19/4/1928 D. 1930-2-17.
- PIERRON (J) :**
Civ. 7/2/1968 J.C.P 1968-2-15600.
- PIERRE - MAZEAUD :**
Paris 16/2/1961 J.C.P 1961-2-12146.
- PLANIOL (Marcel) :**
Civ. 30/3/1892 D. 1892-1-281.
- P. M. :**
Req. 20/10/1920 D. 1920-1-161.
- PONSARD (A) :**
Civ. 29/6/1948 D. 1949-129.
- POULAIN (G) :**
Civ. 27/5/1970 J.C.P. 1971-2-16675.
- PRIEUR (R) :**
- Poitiers 10/10/1967 J.C.P. 1968-2-15544.
- Civ. 25/10/1968 J.C.P. 1969-2-16062.
- Civ. 7/3/1969 J.C.P. 1970-2-16461.
- RADOUANT (J) :**
- civ. 4/3/1931 D. 1933-1-73.
- Paris 23/7/1937 D. 1939-2-81.
- Civ. 14/5/1952 D. 1953-625.
- RAU (Le Conseiller) :**
(Rapport) : Civ 14/3/1900 D. 1900-1-497.

RODIERES (R) :

Civ. 16/1/1962 D 1962-199.

SAVATIER (R) :

- Civ. 29/2/1956 J.C.P. 1956-9263.

- Civ. 8/6/1963 J.C.P. 1963-2-14087.

VASSEUR :

- Civ. 15/10/1980 D 1981-J-348.

VELLIEUX (P) :

Civ. 17/1/1956 J.C.P. 1956-2-9330.

VERDIER (J.M) :

Paris 29/11/1962 D 1962-649.

VIALLETON (H) :

civ. 2/1/1924 S 1924-1-169.

VOIRIN (Pierre) :

- civ. 13/12/1955 D 1956-193.

- civ. 13/2/1963 D 1963-316.

VOISIN :

(Rapport) : Req 21/4/1896 D 1896-1-484.

WEILL (A) :

Civ. 20/6/1938 D 1939-1-26.

فهرس

رقم الصفحة

الموضوع

٥ تقديم ، وتقسيم

الباب الأول

أثار الالتزام

٥ تمهيد

٥ تنفيذ الالتزام (وجوبه . أنواعه . مدى إمكان الجبر عليه)

١٣ الالتزام الطبيعي

الفصل الأول

التنفيذ العيني

٢٣ المبحث الأول : شروط التنفيذ العيني

٢٩ المبحث الثاني : كيفية التنفيذ العيني

٣٧ المبحث الثالث : إحدى وسائل حمل المدين على التنفيذ العيني (الغرامة التهديدية)

٥٣ خاتمة الفصل الأول :

٥٣ - الاستثناءات على مكتة الإجبار على تنفيذ الالتزام للمدنى

٥٣ - تحديد إطار الدراسة

المبحث الأول : رخصة التحلل من العقد وإيقاف تنفيذه فى عقود

المقاوله (إنهاء المقاوله بإرادة رب العمل

٥٤ المنفردة)

المبحث الثانى : رخصة الرجوع ، فى عقود الاستهلاك (فى التجارة

٦٣ الالكترونية)

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض)

٧٣ المقصود به ، ونوعا التعويض وشروط استحقاقه

٧٥ تقسيم

٧٥ المبحث الأول : الاعذار

٨٦ المبحث الثانى : كيفية تقدير التعويض

٨٧ المطلوب الأول : للتعويض القضائى

١١٠ - المطالب الثاني : التعويض الاتفاقي (للشرط الجزائي)

١٢٢ المطالب الثالث : التعويض التقاضي (للفوائد)

الفصل الثالث

١٤٧ ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان

١٤٧ تمهيد : فكرة الضمان العام . تقسيم

١٥٠ المبحث الأول : الدعوى غير المباشرة

١٦٢ خاتمة المبحث : الدعوى المباشرة

١٦٥ المبحث الثاني : الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ للتصرف)

..... خاتمة المبحث : مدى إمكان استفادة الدائن من كل من الدعويين ، غير

١٩٤ المباشرة والبولصية في آن واحد ؟

١٩٥ المبحث الثالث : دعوى للصورية

..... خاتمة المبحث : أثر الاختلاف بين الدعويين ، البولصية وللصورية ،

..... في الهدف ، على إمكان الخيرة والجمع بينهما ،

..... والترتيب المنطقي في إيداء الاختيار

٢٢٤ المبحث الرابع : شهر الاعسار

٢٣٤ المبحث الخامس : الحق في الحبس

الباب الثاني

٢٥١ أوصاف الالتزام

٢٥٣ تمهيد ، وتقسيم

الفصل الأول

٢٥٥ الأوصاف التي ترد على الرابطة القانونية (الشرط ، والأجل)

٢٥٥ تمهيد ، وتقسيم

٢٥٥ المبحث الأول : الشرط

٢٨١ المبحث الثاني : الأجل

الفصل الثاني

..... الأوصاف التي ترد على محل الرابطة القانونية (تعدد للمحل)

٢٩٧ (الالتزام التخييري والالتزام البدلي)

٢٩٧ أولاً : الالتزام التخييري

٣٠٢ ثانياً : الالتزام البدلي

الفصل الثالث

الأوصاف التي تتعلق بأطراف الرابطة القانونية

٣٠٣	(تعدد طرفي الالتزام . التضامن ، وعدم القابلية للانقسام)
٣٠٣	المبحث الأول : التضامن
٣٠٣	تمهيد
٣٠٥	- المطلب الأول : التضامن الإيجابي (التضامن بين الدائنين) .
٣١٠	- المطلب الثاني : التضامن السلبي (التضامن بين المدينين) ..
٣٢٤	المبحث الثاني : عدم القابلية للانقسام

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٣٣١	تمهيد
-----	-------------

الفصل الأول

حوالة الحق

٣٣٥	تعريفها ، والغرض منها ، تقسيم
٣٣٥	المبحث الأول : انعقاد حوالة الحق
٣٣٦	المبحث الثاني : نفاذ الحوالة
٣٣٧	المبحث الثالث : آثار الحوالة

الفصل الثاني

حوالة الدين

٣٥٣	تعريف ، وتقسيم
٣٥٣	المبحث الأول : حوالة الدين باتفاق المدين الأصلي والمدين الجديد ...
٣٦٥	المبحث الثاني : حوالة الدين باتفاق الدائن مع للمدين الجديد

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٣٦٧	تمهيد . أسباب انقضاء الالتزام . تقسيم
-----	---

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

٣٧١	تعريف الوفاء ، وتكييفه ، ونوعاه
٣٧١	المبحث الأول : الأحكام العامة للوفاء

٣٧٥	تقسيم
٣٧٥	- المطلب الأول : طرفا الوفاء
٣٨٦	- المطلب الثاني : محل الوفاء
٣٩١	- المطلب الثالث : ظروف الوفاء
٣٩٣	المبحث الثاني : للوفاء مع الحلول
٣٩٣	المقصود به ، والغرض منه ، تقسيم
٣٩٥	- المطلب الأول : حالات الوفاء مع الحلول
٤٠٤	- المطلب الثاني : آثار الحلول

الفصل الثاني

٤١١	انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٤١١	حصر ، وتقسيم
٤١١	المبحث الأول : الوفاء بمقابل (أو الاعتياض)
٤١٧	المبحث الثاني : للتجديد
٤١٧	التعريف به ، ومدى أهميته ، تقسيم
٤١٨	- المطلب الأول : شروط التجديد
٤٢٥	- المطلب الثاني : آثار التجديد
٤٢٨	المبحث الثالث : الإجابة في الوفاء
٤٣٣	المبحث الرابع : المقاصة
٤٣٣	التعريف بالمقاصة ، ووظيفتها ، وتمييزها عن غيرها ، وأنواعها ،
٤٣٣	تقسيم
٤٣٦	- للمطلب الأول : المقاصة للقانونية
٤٣٦	تقسيم
٤٣٦	الفرع الأول : شروط المقاصة القانونية
٤٤١	الفرع الثاني : أحكام المقاصة القانونية
٤٥٠	- المطلب الثاني : المقاصة الاتفاقية والمقاصة للقضائية
٤٥٣	المبحث الخامس : اتحاد الذمة

الفصل الثالث

٤٥٧	انقضاء الالتزام دون الوفاء به
٤٥٧	تقسيم

<u>رقم الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٤٥٧	المبحث الأول : الإبراء
٤٦٠	المبحث الثاني : استحالة التنفيذ
٤٦١	المبحث الثالث : التقادم المبسوط
٤٦١	تعريفه ، وأساسه
٤٦٤	تقسيم
٤٦٤	- المطلب الأول : مدة التقادم
٤٨٩	- المطلب الثاني : كيفية حساب مدة التقادم
	- المطلب الثالث : ما يمتنع من سريان التقادم (الوقف
٤٩٤	والانقطاع)
٥٢٣	- المطلب الرابع : أحكام التقادم
٥٣٧	المراجع العربية
٥٤٠	المراجع الفرنسية
٥٥١	الفهرس

المؤلف

المؤلفات العامة :

- ١- نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية . دار الفكر العربي ١٩٧٨
٣٧٥ صفحة
 - ٢- النظرية العامة للحق دار الفكر العربي ١٩٧٩ ٣٣٦ صفحة
 - ٣- الأحكام العامة للتزام دار الفكر العربي ١٩٨٤ ٣٨٣ صفحة
 - ٤- أصول الإثبات في المولد المدنية والتجارية دار الفكر العربي ١٩٨٦ ٢٠٠
صفحة
 - ٥- الأحكام العامة لعقد التأمين دار الفكر العربي ١٩٨٦ ١٤٠ صفحة
 - ٦- النظرية العامة للقانون دار الفكر العربي ١٩٨٧ ٣٨٤ صفحة
 - ٧- شرح أحكام عقد التأمين دار النهضة العربية ١٩٩٢ ٣٧٦ صفحة
 - ٨- شرح قانون الإثبات الكويتي [مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر ،
بحقوق الكويت] ١٩٩٤ ٢٤٠ صفحة
 - ٩- موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي [مطبوعات لجنة
التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت] ١٩٩٤ ٤٤٤ صفحة
 - ١٠- شرح أحكام عقد البيع دار النهضة العربية ١٩٩٧ ٦٤٣ صفحة
 - ١١- موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري ١٩٩٩ ٤٢٠ صفحة
- الأبحاث المتخصصة :**
- ١- سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين) دار الفكر العربي
١٩٨٠ ٢٩٦ صفحة

(*) فضلا عن رسالة الدكتوراه والمؤلف الحالي.

- ٢- الصورية بطريق للتوسط دار الفكر العربي ١٩٨١ ١١٧ صفحة
- ٣- مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجته الخطرة دار الفكر العربي ١٩٨٣ ١٠٩ صفحة
- ٤- مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد دار الفكر العربي ١٩٨٣ ١٦٠ صفحة
- ٥- مسئولية مهندسي ومقاولي الأبناء والمنشآت الثابتة الأخرى دار الفكر العربي ١٩٨٥ ٥٢٤ صفحة
- [ملحوظة : حاز هذا المؤلف جائزة الدولة في القانون المدني]
- ٦- التأمين ضد الأخطار التكنولوجية دار الفكر العربي ١٩٨٦ ١٩١ صفحة
- ٧- تأصيل أحكام الكفالة العينية دار الفكر العربي ١٩٨٦ ١٠٨ صفحة
- ٨- مدي إمكانية التأمين ضد الظواهر الطبيعية (مجلة القسطاس ، حقوق الإمارات العربية)
- ٩- تأملات في بعض متناقضات التشريعات الكويتية مجلة الحقوق ، حقوق الكويت ١٩٩٣

10- La responsabilité civile de constructeurs

بحث بالفرنسية منشور بباريس في

Travaux de l' association Henri CAPITANT . To : XL 11 1999
(Ouvrage publié avec le concours du CNRS . p 71 et s

- ١١- أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا . مجلة الحقوق ، حقوق الكويت ١٩٩٤ ٦٠ صفحة

- ١٢- التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك : بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية " دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، أكاديمية شرطة دبي ، ٢٦-٢٨ إبريل ٢٠٠٣ ، منشور في مجلد بحوث المؤتمر ، الصادر عن مركز البحوث والدراسات بالأكاديمية ،

مجلد ٢ ، الصفحات من ٩٩ - ١٥٦ .

١٣- مشكلات المسؤولية المدنية المتعلقة بالوديعة الفندقية ، بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية والأمنية لصناعة السياحة " ، أكاديمية شرطة دبي ١٤-٦ إبريل ٢٠٠٥ ، ٦٣ صفحة

١٤- الإيجار المفتوح بالتملك (البيع الإيجاري) بحث مقدم لمؤتمر " الجوانب القانونية للعمليات التمويلية " كلية الحقوق جامعة الكويت ١٣-١٤ مارس ٢٠٠٥ ، ٢٢ صفحة

١٥- الالتزام بالإعلام بوقوع الخطر ، بحث مقدم لندوة " التأمين والقانون " المنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الشارقة في المدة من ١٤-١٥ مايو ٢٠٠٣ ، منشور في : كتاب الوقائع ، من إصدارات مركز البحوث والدراسات ، النشر العلمي بجامعة الشارقة ، سنة ٢٠٠٤ ، الصفحات من ٧٣ - ٩٨

١٦- مشكلات المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة وأنظمة ضمان هذه المسؤولية " بحث مقدم لمؤتمر " القانون والبيئة " جامعة عدن ٢٢-٢٣ فبراير ٢٠٠٤ (اليمن) (تحت النشر)

١٧- مسئولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدنيا ، دراسة مقارنة في القوانين : المصري والإماراتي والفرنسي . بحث مقدم لمؤتمر (مسئولية المهنيين) جامعة للشارقة ٣-٥/٤/٢٠٠٤ (قيد النشر)

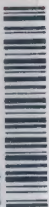
رقم الإيداع

٢٠٠٨/٥٢٨٣

التقييم الدولي

٧ - ٥٦٠٥ - ٠٤ - ٩٧٧ - ١٩٧٨

Bibliotheca Alexandrina



0655525

النور للطباعة
٠١٨٠٣٤٠٢٥٠

